



**Інститут права ім. І. Малиновського**

**Национальный исследовательский  
Томский государственный университет**

**Южный федеральный университет  
(Россия)**

**Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка**

**Інститут держави і права ім. В. М. Корецького**

***МАТЕРІАЛИ  
I Міжнародної науково-практичної конференції***

# **МАЛИНОВСЬКІ ЧИТАННЯ**

16-17 листопада 2012 року

м. Острог

*Друкується за ухвалою вченої ради Інституту права ім. І. Малиновського  
Національного університету “Острозька академія”  
(протокол №2 від 2 листопада 2012 року)*

**Редколегія випуску:**

**Пасічник І. Д.**, доктор психологічних наук, професор (*головний редактор*), Національний університет “Острозька академія”;

**Попелюшко В. О.**, доктор юридичних наук, професор, Національний університет “Острозька академія”;

**Герасимчук О. П.**, кандидат юридичних наук, доцент, Національний університет “Острозька академія”;

**Погорецький М. А.**, доктор юридичних наук, професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;

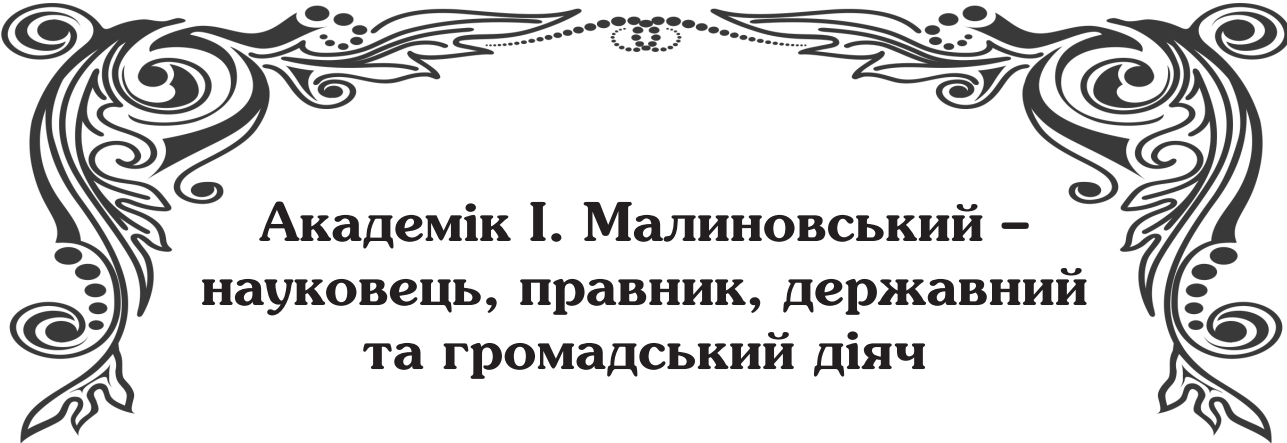
**Фоміних С. Ф.**, доктор історичних наук, професор, Національний дослідницький Томський державний університет (м. Томськ, Російська Федерація);

**Івнніков І. А.**, доктор юридичних наук, доктор політичних наук, професор, Південний федеральний університет (м. Ростов-на-Дону, Російська Федерація);

**Фесенко Є. В.**, доктор юридичних наук, професор, Академія адвокатури України;

**Оверчук С. В.**, кандидат юридичних наук, доцент, Рівненський інститут Київського університету права НАН України.

У збірнику публікуються матеріали I Міжнародної науково-практичної конференції “Малиновські читання” (м. Острог, 16-17 листопада 2012 року) на актуальну правову та державну проблематику. Наведені тези та статті науковців України, Білорусі та Російської Федерації будуть цікаві як дослідникам питань історії, права та держави, так і практикам, викладачам, аспірантам та студентам.



**Академік І. Малиновський –  
науковець, правник, державний  
та громадський діяч**

**Академик И. Малиновский –  
ученый, юрист, политический  
и общественный деятель**



**Academician I. Malynovskyi –  
scientist, lecturer, political  
and social activist**

**Іоанникій Олексійович Малиновський** (1868-1932 рр.) – видатний науковий, просвітницький, політичний та громадський діяч.

Народився 4 (16) листопада 1868 р. в м. Острозі Волинської губернії. Навчався в Києві у колегії Павла Галагана, а згодом вступив до Київського Імператорського університету Св. Володимира (закінчив у 1892 році). У 1898 р. переїхав у Томськ, де отримав посаду професора та кафедру історії російського права на тільки що заснованому юридичному факультеті Томського Імператорського університету. У Томську пробув 15 років, займався викладацькою, науковою, активною громадською та політичною діяльністю. За книгу “Кровна помста і смертні кари” був засуджений, але згодом звільнений від відбування покарання з нагоди виходу Маніфесту із приводу 300-річчя дому Романових.



У 1913 році І. Малиновського обирають професором на кафедрі історії російського права Ярославського (Демидівського) юридичного ліцею та Казанського університету. Але обрання не було затверджене міністром і доктора наук призначено екстраординарним професором на кафедру історії російського права у Варшавський університет. Влітку 1915 р. з окупованої німцями Варшави університет було перенесено в Ростов-на-Дону.

У 1920 р. як контрреволюціонер І. Малиновський був засуджений ДонНК до смертної кари, яку потім замінили на позбавлення волі строком на 25 років, а зрештою – на 5 років.

Під час відбування покарання у 1921-1922 рр. вчений працював у Інституті радянського права при НКЮ РСФРР (нині Інститут держави і права АН Російської Федерації).

У квітні 1925 р. І. Малиновського було обрано академіком Всеукраїнської академії наук. В січні 1926 р. він переїхав до Києва і приступив до наукової діяльності, якою й займався до кінця життя. Похований на Байковому цвинтарі.

Академік І. Малиновський – незаслужено забутий дослідник історії держави і права, конституційного права, кримінального та кримінально-виконавчого права, автор близько 200 наукових та науково просвітницьких робіт.

**Иоанникий Алексеевич Малиновский** (1868-1932 гг) – выдающийся ученый, просветитель, политический и общественный деятель.

Родился 4 (16) ноября 1868 г. в г. Остроге Волынской губернии. Учился в Киеве в коллегии Павла Галагана, а затем поступил в Киевский Императорский университет Св. Владимира (окончил в 1892 году). В 1898 г. переехал в Томск, где получил должность профессора и кафедру истории русского права на только что основанном юридическом факультете Томского Императорского университета. В Томске прожил 15 лет, занимался преподавательской, научной, активной общественной и политической деятельностью. За книгу “Кровная месть и смертные

казни” был осужден, но впоследствии освобожден от отбытия наказания по случаю выхода Манифеста по поводу 300-летия дома Романовых.

В 1913 году И. Малиновского избирают профессором на кафедры истории русского права в Ярославском (Демидовском) юридическом лицее и в Казанском университете. Но избрание не было утверждено министром и ученого назначили экстраординарным профессором на кафедру истории русского права в Варшавский университет. Летом 1915 г. из оккупированной немцами Варшаве университет был перенесен в Ростов-на-Дону.

В 1920 г. И. Малиновский как контрреволюционер был приговорен ДонНК к смертной казни, которую потом заменили на лишение свободы сроком на 25 лет, а в конечном итоге – на 5 лет.

Во время отбывания наказания в 1921-1922 гг. ученый работал в Институте советского права при НКЮ РСФСР (ныне Институт государства и права АН Российской Федерации).

В апреле 1925 г. И. Малиновский был избран академиком Всеукраинской академии наук. В январе 1926 г. он переехал в Киев и приступил к научной деятельности, которой и занимался до конца жизни. Похоронен на Байковом кладбище.

Академик И. Малиновский – незаслуженно забытый исследователь истории государства и права, конституционного права, уголовного и уголовно-исполнительного права, автор около 200 научных и научно-просветительских работ.

**Ioannykiy Oleksiiovych Malynovskyi (1868-1932) – an outstanding scientist, lecturer, political and social activist.**

He was born in November 4 (16 – old style), 1868 in the town of Ostroh, Volyn province (former Russian Empire). He studied in Kyiv Pavel Galagan College and then entered the Kyiv Imperial University of St. Volodymyr (graduated in 1892). In 1898 he moved to Tomsk where he obtained a position of the professor and a chair at the Department of Russian Law History at the newly founded Law Faculty of Tomsk Imperial University. There he spent 15 years, teaching, doing research, public and political activities. I. Malynovskyi was convicted for the book *Vendetta and Capital Punishment*, but after the publication of the Manifest devoted to the 300th anniversary of the Romanov Dynasty he was pardoned.

In 1913 I. Malynovskyi was elected as a professor of history both at the Law Department of Yaroslavl' (Demydiv) Law Lyceum and Kazan' University. However, the election was not approved by the Minister and the scientist was appointed as an extraordinary professor of the Department of History of Law at Warsaw University. In summer, 1915, when the Germans had occupied Warsaw, the university was moved to Rostov-on-Don.

In 1920 I. Malynovskyi was sentenced to death penalty by DonEC (Rostov-on-Don Extraordinary Commission) as a counterrevolutionary. Later the sentence was changed to 25 years imprisonment, and eventually he had to serve 5 years in prison.

While serving a sentence in 1921-1922 he worked at the Institute of Soviet Law (now the Institute of State and Law of the Russian Federation Academy of Science).

In April, 1925, I. Malynovskyi was elected as the Academician of the Ukrainian Academy of Science. In January, 1926 he moved to Kyiv where he was doing research till his death. I. Malynovskyi was buried at the Baykove Cemetery.

The Academician I. Malynovskyi was an undeservedly forgotten researcher of the history of state and law, constitutional law, criminal and penal law, the author of nearly 200 scientific and educational works.



**С. Ф. Фоминых,**

*доктор исторических наук, профессор, зав. кафедрой современной отечественной истории Национального исследовательского Томского государственного университета (Россия)*

**С. А. Некрылов,**

*доктор исторических наук, профессор кафедры современной отечественной истории Национального исследовательского Томского государственного университета (Россия)*

## **НЕУГОДНЫЙ ВЛАСТЯМ ПРОФЕССОР: КАК УВОЛЬНЯЛИ И. А. МАЛИНОВСКОГО ИЗ ИМПЕРАТОРСКОГО ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА**

Иоанникий Алексеевич Малиновский (1868–1932) был назначен и. д. экстраординарного профессора по кафедре истории русского права Императорского Томского университета с 1 сентября 1898 г.<sup>1</sup> 9 ноября того же года он прочел первую лекцию студентам только что открывшегося юридического факультета. В дальнейшем И. А. Малиновский много работал над своим лекционным курсом, который был напечатан литографированным способом в 1907 г.<sup>2</sup> Еще в 1902 г. он опубликовал пространную рецензию на книгу своего учителя по Киевскому университету профессора М. Ф. Владимирского-Буданова “Обзор истории русского права” (изд. 3-е доп. Киев, 1903). В ней Малиновский не только “выяснил взгляд опытного университетского преподавателя и известного ученого на важнейшие вопросы преподавания и изучения истории русского права”<sup>3</sup>, но и определил свое понимание целей и средств университетского преподавания.

Цели университетского преподавания, по его мнению, заключались в том, чтобы дать студентам возможность “1. научиться приобретать знания, т. е. научиться методу научного исследования, и 2) познакомиться с современным состоянием науки”. Средствами же для достижения этих целей, отмечал он, являются “самостоятельность студентов и профессорские лекции, дополнением которых служат учебные пособия” “Самостоятельность” или, выражаясь современной терминологией, самостоятельная работа студентов, состоит, по мнению И. А. Малиновского, в “чтении литературы” по данной науке и работе над источниками<sup>4</sup>.

Применительно к курсу истории русского права И. А. Малиновский видел “самостоятельность” студентов в “чтении историко-юридических сочинений и в ознакомлении с историко-юридическими памятниками”. “Читая историко-юридические сочинения, – писал он, – студент не только приобретает те или иные знания, но и знакомится с теми методами, которыми пользовались авторы этих сочинений. Еще более верный путь усвоить научные методы – знакомство с памятниками права для самостоятельного разрешения того или иного научного вопроса”<sup>5</sup>. Главная же цель профессорской лекции, по его словам, заключается в том, чтобы “познакомить студентов в систематическом порядке с основными вопросами данной науки в ее современном состоянии” Дополнением же к профессорским лекциям служат учебные пособия, которые, по мнению И. А. Малиновского, должны удовлетворять следующим условиям: “1)... заключать в себе краткое изложение всех основных вопросов науки в систематическом порядке и 2) при изложении содержания науки должны быть соблюдены основные методологические требования”. Профессор же, полагал он, помимо своих преподавательских обязанностей, должен “следить за постоянным движением науки” и сам принимать “участие в этом движении как один из научных работников”<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Все даты в статье приводятся по старому стилю.

<sup>2</sup> Малиновский И. А. Лекции по истории русского права. Литографированный курс. – Томск, 1907.

<sup>3</sup> Малиновский И. А. Учебное пособие по истории русского права // Известия Императорского Томского университета (ИТУ). – 1902. – Кн. 21 [4-я пагин]. – С. 63.

<sup>4</sup> Малиновский И. А. Там же. Учебное пособие по истории русского права // Известия Императорского Томского университета (ИТУ). – 1902. – Кн. 21 [4-я пагин]. – С. 2.

<sup>5</sup> Малиновский И. А. Учебное пособие по истории русского права // Известия Императорского Томского университета (ИТУ). – 1902. – Кн. 21 [4-я пагин]. – С. 2-3.

<sup>6</sup> Малиновский И. А. Учебное пособие по истории русского права // Известия Императорского Томского университета (ИТУ). 1902. – Кн. 21 [4-я пагин]. – С. 3.

Именно эти положения и легли в основу его преподавательской деятельности в университете. Лекции И. А. Малиновского и практические занятия, которые он вел со студентами, пользовались большой популярностью. Весьма интенсивно, несмотря на трудности с литературой и источниками, вызванными отдаленностью Томска от центральных библиотек и архивохранилищ, он занимался и научной работой. В 1902 г. И. А. Малиновский опубликовал объемистый труд “Сборник материалов, относящихся к истории панов-рады Великого княжества Литовского”, над которым он начал работать, будучи еще приват-доцентом университета св. Владимира в Киеве. Уже в 1904 г. он защитил в Киевском университете магистерскую диссертацию “Рада Великого княжества Литовского в связи с боярской думой древней России”, а в последующие годы напряженно работал над докторской диссертацией на эту же тему, успешно защитив ее в 1912 г.

И. А. Малиновский активно участвовал и в заседаниях Юридического общества при Томском университете, где выступил с несколькими докладами. Помимо этого он много занимался публицистической и культурно-просветительной деятельностью, выступал с лекциями перед населением. Вскоре после приезда в Томск он побывал в редакции местной газеты “Сибирская жизнь”, где познакомился с редактором-издателем, известным сибирским книготорговцем Петром Ивановичем Макушиным<sup>1</sup> и братом его и со-редактором Алексеем Ивановичем, врачом по профессии, и предложил свои услуги в качестве сотрудника. На страницах этой газеты он начал публиковать статьи на педагогические и научные темы. В октябре 1905 г. И. А. Малиновский и профессор М. Н. Соболев<sup>2</sup> приняли предложение П. И. Макушина редактировать эту газету<sup>3</sup>. Номер газеты за 8 ноября вышел уже за подписью Малиновского и Соболева.

События начала XX века, революция 1905 г. серьезнейшим образом отразились и на судьбе профессора И. А. Малиновского. Будучи приверженцем либеральных взглядов, он стал одним из организаторов создания в Томске отделения партии “Народной свободы”. В “Сибирской жизни” стали публиковаться материалы (“О возобновлении занятий в высшей школе”, “Общественческие сходки”, “О студенческих волнениях” и др.), которые дали повод властям приостановить в 1906 г. выход газеты на основании правил военного положения. Именно в это время и ухудшились отношения И. А. Малиновского с попечителем Западно-Сибирского учебного округа Л. И. Лаврентьевым<sup>4</sup>, сменившим устроителя Томского университета В. М. Флоринского<sup>5</sup> на этом посту в 1899 г. Приверженец консервативных взглядов, он последовательно проводил в жизнь свои убеждения, выражавшиеся в том, что школа должна существовать не для политики, а для учебы<sup>6</sup>. Его беспокоило то обстоятельство, что революционные события 1905 г. отразились на организации учебного процесса в вузах Томска. Так, в университете занятия прекратились в начале 1905 г. и смогли возобновиться лишь осенью 1906 г. Конфликт попечителя с профессурой и студентами университета стал углубляться.

Хранящееся в Государственном архиве Томской области дело “О профессоре Императорского Томского университета И. А. Малиновском и профессоре того же университета М. Н. Соболеве” (всего 127 л.) послужило основой для реконструкции истории с увольнением И. А. Малиновского из Томского университета.

Самый первый документ в этом деле – письмо Л. И. Лаврентьева на имя министра народного просвещения А. Н. Шварца<sup>8</sup>, датированное 10 апреля 1910 г. В нем попечитель обратил внимание министра на “вредную деятельность” профессоров Малиновского и Соболева, проводимую в редактируе-

<sup>1</sup> Макушин П. И. (1844–1926) – предприниматель, меценат, основатель первого в Сибири книжного магазина.

<sup>2</sup> Соболев М. Н. (1869 – не позднее 1945) – юрист, окончил Московский университет, с 1899 г. – и. д. ординарного, с 1912 г. – ординарный профессор по кафедре политической экономии и статистики Томского университета. – С 8 сентября 1912 г. – ординарный профессор по кафедре финансового права Харьковского университета.

<sup>3</sup> Музей истории ТГУ. Малиновский И. А. Маруся и дети. Воспоминания (машинопись). – С. 50, 64.

<sup>4</sup> Лаврентьев Л. И. (1835–1914) – юрист, окончил юридический факультет Московского университета. В 1899–1914 гг. – попечитель Западно-Сибирского учебного округа.

<sup>5</sup> Флоринский В. М. (1834–1899) – врач, окончил Медико-хирургическую академию, профессор Казанского университета, с 1880 г. – член Строительного комитета по возведению зданий Сибирского университета от Министерства народного просвещения, в 1885–1898 гг. – попечитель Западно-Сибирского учебного округа

<sup>6</sup> Музей истории ТГУ. Малиновский И. А. Маруся и дети. Воспоминания (машинопись).

<sup>7</sup> Черказянова И. В. Попечитель учебного округа Л. И. Лаврентьев и Томский университет: сотрудничество и конфликты // Вестник Томского государственного университета. Декабрь 2005. – № 289. – С. 179.

<sup>8</sup> Шварц А. Н. (1848–1915) – филолог-классик, министр народного просвещения (1908–1910).

мой ими газете “Сибирская жизнь”. “Газета “Сибирская жизнь”, – писал он, – издающаяся в Томске двумя “самыми либеральными” из “освободительных” профессоров, требует неослабного за собою наблюдения”<sup>1</sup>. Поводом для этого послужила перепечатанная из кадетской “Речи” в “Сибирской жизни” статья “Постыдное поведение”, с нападками на монархиста Пуришкевича. В 1909 г. И. А. Малиновский опубликовал в “Сибирской жизни” текст прочитанной им лекции “Начальная страница из истории русской интеллигенции (ответ авторам “Вех””, посвященной критическому разбору нашумевшего сборника “Вехи”<sup>2</sup>.

Л. И. Лаврентьев посетовал на то, что все его донесения, отправленные в Министерство народного просвещения в 1905–1907 гг., сообщавшие о “вредной деятельности” профессоров И. А. Малиновского и М. Н. Соболева, редакторов-издателей “Сибирской жизни”, не были приняты во внимание. К письму был приложен перечень этих донесений (всего 15) с кратким изложением их содержания. Всего за период с января 1905 г. по август 1911 г. Л. И. Лаврентьев направил в министерство 23 донесения, содержавшие критическую оценку деятельности профессора И. А. Малиновского<sup>3</sup>.

Так, 28 января и 12 февраля 1905 г. Л. И. Лаврентьев сообщил министру народного просвещения о докладе И. А. Малиновского “Вопросы права в сочинениях А. П. Чехова”, прочитанном 9 и 30 октября 1904 г. на заседании Юридического общества при Томском университете. Он, в частности, писал: “... на возбуждение студентов немалое влияние оказал реферат проф. Малиновского, который собрал в актовую залу самую разношерстную толпу”<sup>4</sup>. В донесении от 27 апреля того же года М. И. Лаврентьев убеждал министра в том, что “Томское юридическое общество, которое по уставу считается состоящим при Имп[ераторском] Томском университете, все более и более теряет с ним всякую связь и при участии профессоров Малиновского, Соболева и Розина<sup>5</sup> превращается в революционный клуб”<sup>6</sup>. В донесении от 2-го августа 1905 г. попечитель впервые ходатайствовал перед министерством об увольнении И. А. Малиновского<sup>7</sup>.

Последовательно добиваясь увольнения И. А. Малиновского, Л. И. Лаврентьев в переписке с министром народного просвещения неоднократно поднимал вопрос о том, чтобы министерство потребовало от профессоров И. А. Малиновского и М. Н. Соболева отказаться от редактирования газеты “Сибирская жизнь”, которая, по словам попечителя, нередко размещала статьи, “подстрекающие учащуюся молодежь к прекращению занятий и к участию в политической борьбе”<sup>8</sup>.

В конечном счете, донесения Л. И. Лаврентьева встретили в министерстве должный отклик. Министр народного просвещения А. Н. Шварц 8 мая 1910 г. сообщил Л. И. Лаврентьеву: “В Министерстве народного просвещения неоднократно возникал вопрос о несовместимости издания и редактирования газеты “Сибирская жизнь” в виду направления сей газеты, с профессорской деятельностью. Принимая во внимание, что и в настоящее время направление этой газеты остается неизменным и, признавая совершенно недопустимым дальнейшее участие профессоров университета в издании и редактировании названной газеты, прошу Ваше превосходительство предложить профессорам Соболеву и Малиновскому немедленно отказаться от издания и редактирования газеты “Сибирская жизнь” или оставить службу в университете”<sup>9</sup>.

Попечитель Л. И. Лаврентьев 28 мая того же года в письме ректору Томского университета И. А. Базанову<sup>10</sup> предложил “принять означенное распоряжение министра к точному и немедленно-

<sup>1</sup> Государственный архив Томской области (ГАТО). – Ф. 126. – Оп. 2. Д. 2604в. Л. 1.

<sup>2</sup> Сибирская жизнь. 1909. 24, 25 и 26 нояб.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 118 об.

<sup>4</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 3.

<sup>5</sup> Розин Н. Н. (1871–1919) – юрист, выпускник С.-Петербургского университета, с 1900 г. – и. д. ординарного, с 1911 г. – ординарный профессор по кафедре уголовного права и уголовного судопроизводства Томского университета, депутат 2-й Государственной думы. С 1912 г. – ординарный профессор С.-Петербургского университета.

<sup>6</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 3.

<sup>7</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 71.

<sup>8</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 4 об.

<sup>9</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 9.

<sup>10</sup> Базанов И. А. (1867–1943) – юрист, выпускник Московского университета. С 1899 г. – приват-доцент, с 1900 г. – и. д. ординарного, с 1911 г. – ординарный профессор по кафедре гражданского права и гражданского судопроизводства Томского университета. В 1902–1909 гг. – декан юридического факультета, ректор Томского



му исполнению...”. 2 июня 1910 г. ректор, коллега И. А. Малиновского по юридическому факультету, сообщил попечителю, что он поставил в известность М. Н. Соболева и И. А. Малиновского о предписании министра. Однако, писал он далее, их “в настоящее время нет в Томске: первый из них отправился в Монголию, а второй в С. -Петербург<sup>1</sup>”, а полученные от них ответы будут “без замедления” представлены попечителю<sup>2</sup>.

15 июня И. А. Малиновский, который к тому времени находился вне Томска, сообщил, что он уже с весны не принимал никакого участия в редактировании газеты, а “газета в настоящее время подписывается “за редактора-издателя” другим лицом”<sup>3</sup>. Однако в одном из номеров газеты появилось объявление о подписке на 1911 г., где редактором-издателем, по-прежнему, фигурировал И. А. Малиновский. Л. И. Лаврентьев, не удовлетворенный объяснением Малиновского, назвал его в письме в министерство “непростительной уловкой, или даже издевательством над здравым смыслом”<sup>4</sup>. В начале августа он на имя управляющего министерством народного просвещения Г. К. Ульянова направил официальную справку, выданную Томским губернским правлением, в которой подтверждалось, что профессора И. А. Малиновский и М. Н. Соболев все еще являлись редакторами-издателями “Сибирской жизни” и лишь на время их отсутствия в Томске редактирование было передано профессору Томского технологического института В. Л. Малееву<sup>5</sup>. 20 августа попечитель через ректора попросил М. Н. Соболева, к тому времени возвратившегося из поездки в Монголию, где он вместе с профессором М. И. Боголеповым<sup>6</sup> по заданию министерства финансов изучал состояние русско-монгольской торговли, ответить: “желает ли он оставаться профессором университета или редактором-издателем “Сибирской жизни””. 23 августа М. Н. Соболев сообщил, что он еще в начале мая “по личным соображениям” поднял вопрос о сложении с себя обязанностей редактора-издателя “Сибирской жизни”, а “в настоящее время права редактирования и издательства “Сибирской жизни” переданы окончательно в другие руки”<sup>8</sup>.

Л. И. Лаврентьев, не удовлетворенный объяснением М. Н. Соболева, которое, по его словам, отличалось “обычной этому профессору изворотливостью”, 28 августа обратился за разъяснениями к томскому губернатору, попросив уведомить его “состоят ли в действительности эти профессора редакторами-издателями и, если не состоят, то кто же в настоящее время издает и редактирует газету”<sup>9</sup>. 13 сентября губернатор ответил попечителю, что профессора Томского университета И. А. Малиновский и М. Н. Соболев 8 сентября подали заявление о сложении с себя звания редакторов-издателей, редактирование “Сибирской жизни” взял на себя Г. Б. Баитов<sup>10</sup>, а издание самой газеты перешло к Сибирскому товариществу печатного дела<sup>11</sup>.

Тем не менее, Л. И. Лаврентьев, докладывая об этом управляющему Министерством народного просвещения, счел нужным от себя добавить, что новый редактор будет “приобщать редактировать эту газету в том же направлении, состоя там фиктивным редактором, а за него будут действовать те же профессора на прежних основаниях”. 15 сентября в письме тому же управляющему Министерством народного просвещения Ульянову он настоятельно рекомендовал “избавить студентов Императорского Томского университета от зловредного на них влияния профессора Иоанникия Малиновского”, предло-

---

университета (1909-1913). Затем профессор Петербургского университета, попечитель Казанского (1914) и Киевского (1915-1917) учебных округов. После Гражданской войны в эмиграции.

<sup>1</sup> И. А. Малиновского попытались обвинить в самовольном отъезде из Томска до получения разрешения на отпуск и последующую научную командировку от Министерства народного просвещения. Отъезд профессоров из Томска до получения официального разрешения практиковался в связи с удаленностью Томска от Петербурга.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 9, 10.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 17.

<sup>4</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 17 об.

<sup>5</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 20.

<sup>6</sup> Боголепов М. И. (1879–1945) – экономист, выпускник Томского университета (1903). Профессорский стипендиат, с 1907 г. – приват-доцент, с 1910 г. – и. д. экстраординарного, с 1911 г. – ординарного профессора по кафедре финансового права Томского университета. После отъезда из Томска (1912) работал в Петербурге и Москве. Член-корреспондент АН СССР (1939).

<sup>7</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 41.

<sup>8</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 43.

<sup>9</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 44.

<sup>10</sup> Баитов Г. Б. (1861–1921) – народовец, редактор “Сибирской жизни” в 1910–1917 гг.

<sup>11</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 47, 48.

жив тому подать прошение об отставке. “На основании всех моих в течение десяти лет в Министерство народного просвещения донесений, – заключил он, – не мог я не придти к бесповоротному убеждению, что этот насадитель революционных идей в том высшем учебном заведении, которое имеет высокую честь именоваться Императорским, никоим образом терпим не может”<sup>1</sup>. Что касается М. Н. Соболева, то попечитель высказался в том духе, что этому профессору “следовало бы предложить озаботиться приискать себе кафедру в каком-либо другом университете, кроме Томского”<sup>2</sup>. Как известно, в 1912 г. профессор М. Н. Соболев покинул Томск, переехав в Харьков, где его избрали ординарным профессором по кафедре финансового права местного университета<sup>3</sup>.

В архивном деле есть еще один документ, связанный с редактированием И. А. Малиновским “Сибирской жизни”. Это его разъяснение по поводу запроса попечителя относительно того, не будет ли он, подав заявление томскому губернатору об отказе от издания и редактирования газеты, “фактически участвовать и продолжать редактирование ее, сняв только свою подпись под ней”. Вот что писал И. А. Малиновский: “...считаю долгом сообщить: 1) Редактором-издателем газеты “Сибирская жизнь” я перестал быть с мая месяца сего 1910 г., с того времени, когда “за редактора-издателя” начал подписываться В. Л. Малеев<sup>4</sup>. 2) Ведение газеты я, совместно с проф. М. Н. Соболевым, передал В. Л. Малееву на время отъезда нашего из Томска в течение истекших летних каникул. 3) Получив во время каникул в г. Евпатория Таврической губ. запрос Вашего Превосходительства, я не мог тогда же немедленно подать заявление об окончательном отказе от издания и редактирования газеты “Сибирская жизнь”, ибо находясь далеко вне пределов Томска, не имел никакой возможности передать газету другим лицам, а без таковой передачи, в случае отказа моего от издания и редактирования газеты, последняя была бы закрыта, что повело бы к возбуждению против меня судебного преследования со стороны владельца газеты П. И. Макушина и со стороны других лиц, с которыми я, как редактор-издатель, находился в договорных отношениях. Вот почему я ограничился кратким извещением о том, что в момент получения запроса, уже не был редактором-издателем “Сибирской жизни”, решив, согласно требованию министра народного просвещения, и впредь таковым не быть, а окончательный отказ совершить после возвращения в Томск. 4) Вернувшись в Томск, я ни на один момент не вступал в исполнение обязанностей редактора-издателя “Сибирск [ой] жизни”, напротив, я немедленно вступил в переговоры с лицами, согласившимися принять на себя издание и редактирование названной газеты. 5) Заручившись необходимым согласием, я немедленно подал заявление управляющему Томской губернией об окончательном отказе от издания и редактирования газеты “Сибирская жизнь”. 6) Подав означенное заявление и сложив, главным образом, с себя звание ответственного редактора-издателя “Сибирской жизни”, я не имею ни намерения, ни желания, оставаться фактическим редактором-издателем названной газеты”<sup>5</sup>.

Таким образом, после 5 лет редактирования профессора И. А. Малиновский и М. Н. Соболев вынуждены были расстаться с “Сибирской жизнью”, оставив заметный след в истории издания этой популярной сибирской газеты. Благодаря им газета стала более политизированной, яркой и многотемной<sup>6</sup>.

В качестве предлога для дискредитации И. А. Малиновского попечитель Л. И. Лаврентьев воспользовался и случаем с обнаружением при обыске жандармами у студента юридического факультета Томского университета Яницкого<sup>7</sup> в числе различной переписки революционного характера конспекта лекции курса по истории русского права, который читал профессор И. А. Малиновский в декабре 1909 г. Министр народного просвещения, которому попечитель Л. И. Лаврентьев направил докладную записку

<sup>1</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 53 об.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 50.

<sup>3</sup> Профессора Томского университета. Вып. 1. 1888-1917. Томск, 1996. С. 241.

<sup>4</sup> Малеев В. Л. (1879–?) – механик, выпускник Московского технического училища, с 1906 г. – и. д. экстраординарного, с 1913 – ординарного, с 1914 г. – ординарный профессор по кафедре прикладной механики и машиностроения Томского технологического института.

<sup>5</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 54.

<sup>6</sup> Жиликова Н. В. Журналистика города Томска (XIX – начало XX века): становление и развитие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2011. – С. 248.

<sup>7</sup> Яницкий Евгений Иванович – сын дворянина (р. 1889 г.). В 1907 г. окончил дополнительный класс Томского реального училища, в 1909 г. был принят на 1-й курс юридического факультета. Окончил университет в 1914 г. В 1930-х гг. работал в Госплане РСФСР руководителем группы финплана. Арестован: 10 марта 1938 г. Осужден. 28. 05. 1938 г. тройкой при УНКВД СССР по Московской области. Обвинен в принадлежности к контрреволюционной организации, существовавшей в системе Госплана РСФСР. Расстрелян 01. 07. 1938 г. Место расстрела: Москва.

с изложением этого факта, а также копией студенческого конспекта, в письме от 12 мая 1910 г. предписал последнему: “Признавая изложенные в записной записке суждения совершенно недопустимыми для профессоров Императорского университета, прошу Ваше Превосходительство войти в расследование настоящего дела и, если результаты расследования приведут Вас к полному убеждению в том, что изложенные в рукописи студента Яницкого воззрения действительно основаны на лекциях профессора Малиновского, потребовать от него их и представить мне без замедления”<sup>1</sup>.

В деле имеется копия самого конспекта Яницкого, сделанного якобы на лекции по истории русского права, читанной И. А. Малиновским студентам 1-го курса юридического факультета и, по мнению Л. И. Лаврентьева, “порицающей самодержавный образ правления”<sup>2</sup>.

Л. И. Лаврентьев в письме от 8 июня ректору Томского университета И. А. Базанову, передав содержание письма министра, добавил от себя: “... я нисколько не сомневаюсь в том, что показание студента, что рукопись написана им лично с лекции проф. Малиновского, может соответствовать действительности”. Он поручил ректору потребовать от И. А. Малиновского объяснений<sup>3</sup>. Не дождавшись ответа по причине отсутствия И. А. Малиновского в Томске, попечитель 13 июля в письме к ректору потребовал ускорить доставление ответа.

Подготовленный И. А. Малиновским детальный разбор конспекта лекции (он датирован 29 июнем 1910 г.) представляет интерес не только с точки зрения выяснения того, действительно ли он представлял собой буквальную передачу его лекции, но и как интересный источник для изучения взглядов ученого на преподавание курса истории русского права XVI – XIX вв.

В самом начале объяснительной записки И. А. Малиновский решительно отверг утверждение, что его лекция, которую он прочитал студентам в декабре 1909 г., была будто бы специально посвящена “самодержавному образу правления” в России. “В течение осеннего семестра 1909/10 академического года, – пишет он, – я вел практические занятия и читал лекции по истории русского права всегда в часы, указанные в составленном факультетом расписании, и всегда в той аудитории, которая указана в том же расписании, а именно в аудитории, предоставленной первому курсу юридического факультета. И если бы я, сверх расписания, прочитал в одной из аудиторий университета лекцию на тему о самодержавном образе правления, то, несомненно, что это обстоятельство сделалось бы своевременно известным и университетской и общей администрации”<sup>4</sup>.

Что касается студенческого конспекта, то он, по мнению И. А. Малиновского представлял собой “обычные студенческие заметки по поводу прочитанных книг или прослушанных лекций”. “Более тщательное изучение той же рукописи открывает, – отметил он, – что автор ее недостаточно точно знаком с юридическими науками, плохо знает историю русского права; что вследствие этого материал, заимствованный им из книг или лекций, подвергается извращению; что заимствованный материал переплетается с собственными изданиями и заключениями автора”<sup>5</sup>.

Вот несколько примеров несуразностей, замеченных И. А. Малиновским в конспекте Яницкого. “Законодательство, общее благо, законность, – записал студент, – три кита, на которых покоится теоретическое обоснование самодержавия”. И. А. Малиновский на это заметил: “Тут есть правильная мысль: теоретики самодержавия действительно указывали, что общее благо и законность характеризуют эту форму государственного устройства. Но автор рукописи некстати присоединил сюда – законодательство. Едва ли найдется профессор-юрист или автор юридического исследования, который станет утверждать, что законодательство – характерная черта именно самодержавия. Законодательство составляет функцию верховной власти и при всяком образе правления. Очевидно, автор рукописи перепутал то, что читал в книге, или слышал на лекции”.

“Петр Великий и Екатерина II в своих регламентах, – записано в конспекте, – говорят о своем желании народу блага”. “Автор, – парировал И. А. Малиновский, – не знает, что такое регламент, как специальная форма законодательных актов XVIII века. Известный “Наказ” Императрицы Екатерины II и некоторые ее указы он произвольно называет регламентами. Я на своих лекциях ни в каком случае не мог допустить такой путаницы. “Регламент о вольности дворянства Екатерины II”. Нет такого за-

<sup>1</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 21.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 23.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 22.

<sup>4</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 29.

<sup>5</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 29 об.

конодательного акта. Есть “Манифест о вольности дворянства”, но он принадлежит Петру III. Есть, наконец, очень важный для истории дворянства законодательный акт екатерининского царствования, но он называется “Жалованная грамота дворянству”. Автор снова напутал”<sup>1</sup>.

Приведа еще несколько вопиющих неточностей из конспекта Яницкого, И. А. Малиновский заключает: “Если автор рукописи – мой бывший студент, то могу допустить, что он черпал материалы для своих заметок и из моих лекций. Могу допустить это на том основании, что на своих лекциях я касался большинства тех вопросов, о которых идет речь в рукописи. Но прибавлю, что заимствования из моих лекций делались с выбором и что заимствованный из лекций материал извращен и дополнен собственными суждениями автора”<sup>2</sup>.

“Осенью 1909 г., – пишет далее И. А. Малиновский, – я вел практические занятия по внешней истории русского права и читал лекции по истории русского государственного права. Составную часть курса истории государственного права составляет история государственной власти; эту часть курса я излагал осенью 1909 г. по следующей программе:

“Государственный строй древней России: князь, боярская дума, вече; особенности государственного строя в отдельных древнерусских землях: преобладание княжеской власти на востоке, преобладание вече на севере, преобладание боярской думы на западе; аристократический строй Литовско-русского государства: рада и вольный сейм, причины образования самодержавия в Московском государстве: учение духовенства, влияние татарского ига, влияние Византии, помощь духовенства и бояр, личные качества великих князей московских; власть московских государей, земские соборы и боярская дума Московского государства, теоретические обоснования самодержавия; юридические санкции самодержавия; власть императоров Всероссийских; Советы при особе государей в XVIII и XIX вв.; попытки ограничения само; ограничительные записи конца XVI и начала XVII в., кондиции верховников 1730 г., проекты конституций в XVIII в.”<sup>3</sup>.

Далее И. А. Малиновский пишет: “Как видно из приведенной программы, я излагал в своих лекциях, между прочим, и историю самодержавия в России. Автор рукописи пометил в ней заметки на ту же тему – о самодержавии. В этом заключается общее сходство между моими лекциями и рукописью. Кроме того, я касался тех отдельных вопросов, которые отмечены в рукописи: так, я делал характеристики русских государей XVIII века, говорил о власти императоров всероссийских, о советах при особе государей, о русском законодательстве в XVIII и XIX вв., знакомил слушателей с теоретическими обоснованиями самодержавия, излагал историю сената. Похоже на то, что я говорил на лекциях, на то, что занесено автором рукописи в его заметки”.

Затем И. А. Малиновский останавливается на некоторых проблемах истории русского права в том виде как они нашли отражение в конспекте Яницкого, и как он раскрывал их в своих лекциях. Что касается роли русских царей, то Малиновский пишет следующее: “Придерживаясь теории, признающей роль личности в истории, я при изложении истории русского права, делаю иногда характеристики исторических деятелей. В частности, разделяя мнение известного русского ученого Чичерина (см. его “Курс государственной науки”, кажется 3 том) о том, что в истории важное значение имеет личная деятельность монархов, я иногда делаю характеристики русских государей, излагаю историю политических учреждений и юридических институтов. На лекциях по истории государственной власти я, действительно, делал характеристики тех русских государей и государынь XVIII в., которые поименованы в рукописи. Характеристики эти принадлежат не мне. Не считая себя достаточно компетентным в данной области, я ограничился тем, что познакомил слушателей с теми характеристиками, какие сделаны авторитетными русскими историками: [С. М.] Соловьевым (Петр В.), [С. Ф.] Платоновым (Екатерина I, Анна Иоановна, Елизавета Петровна, Петр III, Екатерина II) и [Н. К.] Шильдером (Павел I). Достаточно прочесть отрывки из сочинений названных историков, чтобы выяснить, насколько соответствует то, что я говорил в лекциях, тому, что занес в свои заметки автор рукописи”<sup>4</sup>.

Далее он обращается к термину “Советы”, который использовал в своем конспекте Яницкий. “Автор рукописи, – пишет И. А. Малиновский, – отметил: “подобные правители не могли обходиться без многочисленных советников”. Эта фраза, быть может, является отголоском моих лекций о тех советах

<sup>1</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 29-30.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 30 об.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 30-31.

<sup>4</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 31.



при особе государя, какие существовали в XVIII и XIX вв. (Верховный тайный совет, Кабинет министров, Конференция при Высочайшем дворе, Совет при Высочайшем дворе, Императорский совет, Непременный совет, Государственный совет, Комитет министров, Совет министров). Изложению истории этих высших государственных учреждений я обыкновенно предпосылал мысль, высказанную проф. Владимирским-Будановым (в его “Обзоре истории русского права”): гениальный преобразователь России (Петр В.) не нуждался в советниках; его преемники не могли обойтись без вспомогательных учреждений, таковыми и были разнообразные советы. Автор рукописи отметил лишь одно вступление, сформулировал его по-своему; содержание лекций по истории советов не отмечено совершенно: может быть, эти лекции его не интересовали, а, может быть, он их не слушал”<sup>1</sup>.

Представляет интерес и оценка, которую И. А. Малиновский давал в своих лекциях законодательству. “Законодательство, – подчеркнул он, – важнейшая функция государственной верховной власти, и история законодательства должна составить важнейший отдел в истории права. На своих лекциях я делал подробную характеристику русского законодательства XVIII и XIX вв. На основании материалов, заключающихся в “Полном собрании законов” и в “Своде законов”, я выяснял своим слушателям вопросы о том, кому принадлежала законодательная власть. Каким образом совершался процесс издания законов. Каковы особенности законодательства этого периода. Каковы важнейшие законодательные акты, появившиеся в это время. При этом я знакомил слушателей и с теми контрверзами, какие образовались в научной литературе по данному вопросу; отмечал, например, споры по вопросу о том, что обозначает формула “вняв мнению Государственного совета”, какое значение имеет подпись Государя при утверждении закона и др. Быть может, отголоском моих лекций являются заметки автора рукописи о законодательстве и законности. Но если так, то автор не все правильно понял. Например, я говорил: в процессе издания законов нужно различать – законодательную инициативу, составление законопроекта, обсуждение законопроекта, утверждение законопроекта и обнародование закона. Автор рукописи, по-своему, так передает эту мысль: “Всякий закон переживает три стадии: а) возникновение идеи издания данного закона; в) его разработка; с) утверждение его подписью государя”. Или, например: к числу недостатков законодательства XVIII и XIX вв. я относил отсутствие однообразного способа издания законов. Автор рукописи сделал у себя заметку, что такой способ был, но он не осуществлялся и т. д.”<sup>2</sup>.

Что касается проблемы теоретического обоснования самодержавия, то И. А. Малиновский обыкновенно в курсе по истории русского государственного права излагал их, руководствуясь “Обзором истории русского права” М. Ф. Владимирского-Буданова (Киев, 1886), а также “Учебником истории русского права периода империи (XVIII и XIX вв.)” В. М. Латкина (СПб., 1899) и “Учебником истории русского права” А. М. Филиппова (Юрьев, 1907). “При изложении этого отдела материала, – подчеркнул он, – для меня служат: переписка царя Иоанна Грозного с кн. Андреем Курбским, сочинение Юрия Крижанича “о правительстве”, трактат Феофана Прокоповича, “Правда воли монаршей”, “Наказ” Екатерины II, а также сочинения русских государствоведов XIX в. – [Б. Н.] Чичерина, [А. В.] Романовича-Славатинского, [А. Д.] Градовского, [Н. М.] Коркунова и др. В хронологической последовательности я излагаю основные положения, выставленные в названных сочинениях, иногда же для большей убедительности читаю выдержки из этих сочинений. Автор рукописи ограничился тем, что поместил несколько критических замечаний по поводу этих теорий, изложив эти замечания по-своему”<sup>3</sup>.

“Все изложенное, – подытожил И. А. Малиновский, – позволяет, как мне кажется, сделать тот вывод, что обнаруженная у одного студента Томского университета рукопись ни в каком случае не может быть признана записью моих лекций. Можно предполагать, что сделанные автором рукописи заметки являются отголоском того, что он вычитал в книгах или слышал на лекциях, но, несомненно, что это отголосок слабый, отдаленный и фальшивый. Мне предъявлено требование – дать объяснение о том, действительно ли изложенные в рукописи воззрения основаны на моих лекциях. В доверительном письме попечителя учебного округа рукопись характеризуется как “порицающая самодержавный образ правления”. Очевидно, сущность вопроса заключается в том, действительно ли воззрения автора рукописи, состоящие в порицании самодержавного образа правления, основаны на моих лекциях. Полагаю, что приведенные фактические данные не позволяют возлагать на меня ответственность за мнения и суждения неизвестного мне автора. К сему долгом считаю присовокупить следующее: перед своими слу-

<sup>1</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 31 об.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 31-32.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 32ю

шателями в университетской аудитории я выступаю не как политический или общественный деятель, не как публицист, а исключительно как один из работников на научном поприще, а потому не могу ни хвалить, ни порицать тот или иной образ правления. Цель той науки, представителем которой являюсь я в Томском университете, – истории русского права – заключается не в порицании или восхвалении тех или иных политических и социальных порядков в целях пропаганды тех или иных политических воззрений. Ее цель единственная, (как и цель других наук), – открытие истины. Только эту конечную цель я полагаю в основу своих работ, как ученый преподаватель, и в основу своих лекций, как университетский преподаватель. В частности, излагая историю государственной власти в России, я ставлю для себя задачей – представить перед слушателями верную и правдивую, соответствующую исторической истине, а не предвзятым взглядам и воззрениям (откуда бы они не исходили – справа или слева, сверху или снизу – безразлично) картину постепенного и последовательного развития русского государственного строя. Касаясь при этом отдельных учреждений и институтов, я не порицаю и не восхваляю, а стремлюсь только к выяснению и пониманию: стараюсь, насколько это позволяют имеющиеся в распоряжении науки исторические материалы и современное состояние историко-юридической и исторической литературы, вскрыть те причины, которые способствуют образованию данного учреждения или института, нарисовать его характерные черты и особенности, указать связь между ним и другими явлениями государственной и общественной жизни и т. д. <sup>“1”</sup>.

В Министерство народного просвещения, по просьбе товарища министра Г. К. Ульянова, вместе с объяснительной запиской И. А. Малиновского был отправлен и литографированный курс его лекций по истории русского права. Последнее объяснялось тем, что И. А. Малиновскому во время поездки в С. -Петербург удалось встретиться с Ульяновым и пообещать “представить ему свой конспект лекций как бы в доказательство того, что его лекция, найденная у студента Яницкого, ему не принадлежит”.

Отдав распоряжение окружному инспектору А. В. Попову выполнить эту просьбу, Л. И. Лаврентьев, правда, заметил: “Доказательство, разумеется, глупое, так как по конспекту, конечно, нельзя судить о принадлежности той или другой лекции”<sup>2</sup>.

Ряд документов из архивного дела посвящен работе И. А. Малиновского “Кровавая месть и смертные казни”, сыгравшую роковую роль в судьбе ее автора. Вначале она была опубликована в “Известиях Императорского Томского университета” (1909. Кн. 33), а затем вышла отдельным изданием в 2-х частях. Появившись в продаже, она привлекла внимание казанского губернатора М. В. Стрижевского<sup>3</sup>. Ознакомившись с ее содержанием, он 17 декабря 1910 г. направил письма в Главное управление по делам печати в Петербурге и министру народного просвещения Л. А. Кассо<sup>4</sup>, в которых обратил внимание на то, что книга И. А. Малиновского, “по существу, составляет жесткую критику против применяемой в России смертной казни”. Приведя ряд мест из книги с осуждением практики применения наказания в виде смертной казни, применяемой властями в период революции 1905–1907 гг. к противникам самодержавия, казанский губернатор подчеркнул: “Я цитирую здесь только взятые на выдержку страницы, но подобные мысли, выражающие явно враждебный характер, рассеяны автором на пространстве всей его книги. ... Особенное внимание обращает на себя отдел “Приложение”, о сущности которого можно иметь приблизительное понятие уже по одному заголовку, который при сем прилагается. Хотя издание это и составляет “ученый труд”, представленный для соискания степени доктора права, но оно не перестает быть, в то же время, и чисто публицистическим произведением, привлекая особое внимание публики именем автора, состоящего в составе профессорской корпорации Томского университета, тенденциозностью заголовка книги и сравнительно невысокой ценой, очевидно рассчитанной на широкое распространение сочинения в среде общества. На мой взгляд, означенное сочинение, изданное в Томске, представляет все данные к возбуждению против автора уголовного преследования и к наложению запрещения на самое издание...”<sup>5</sup>.

Дальнейшие события разворачивались по следующему сценарию. Из Главного управления по делам печати в Петербурге 29 декабря 1910 г. копия письма Стрижевского была направлена инспектору по

<sup>1</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 32-33.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 56.

<sup>3</sup> Стрижевский Михаил Васильевич (1854-1913) – казанский губернатор в 1906-1913 гг.

<sup>4</sup> Кассо Л. А. (1865–1914) – юрист, с 25 сентября 1910 г. – управляющий Министерством народного просвещения, в 1911-1914 гг. – министр народного просвещения.

<sup>5</sup> Российский государственный исторический факультет (РГИА). – Ф. 733. Оп. 201. Д. 185. Л. 38–39.

делам печати в Томске П. Виноградову. Тот, в свою очередь, предоставил ее попечителю Л. И. Лаврентьеву. Сам П. Виноградов в объяснительной записке по поводу публикации книги И. А. Малиновского, направленной в Главное управление по делам печати и министру народного просвещения, объяснил, что книга эта печаталась согласно постановлению правления Императорского Томского университета и удостоверению, выданному редактором “Известий Императорского Томского университета” Ф. К. Крюгером<sup>1</sup>. Сама же книга не была предоставлена ему типографией Сибирского товарищества печатного дела, где она печаталась, иначе он “не дал бы выпускного билета на книгу Малиновского”. Помимо этого, он уведомил петербургское начальство о том, что Николай II по докладу министра народного просвещения 21 июля 1910 г. “Всемилоостливейше соизволил на принятие” доставленного в Министерство народного просвещения “для поднесения Его Императорскому Величеству” 31-35 томов “Известий”, в числе которых был и 33-й том с работой И. А. Малиновского “Кровавая месть и смертные казни”<sup>2</sup>.

Попечитель Л. И. Лаврентьев 13 февраля 1911 г. направил управляющему Министерством народного просвещения свое заключение о книге профессора И. А. Малиновского “Кровавая месть и смертные казни”, в котором, полностью соглашаясь с оценкой книги, данной казанским губернатором, писал: “Ознакомившись с содержанием... произведения (“Кровавая месть и смертные казни”) “знаменитого” профессора Императорского Томского университета Иоанникия Малиновского, в котором автор берет под свою защиту революционный террор (стр. 30 и passim) и, просмотрев приложенные к сей книге возмутительные прокламации, я пришел к твердому убеждению, что, согласно с мнением казанского губернатора, действительного статского советника Стрижевского, безусловно, необходимо немедленно же возбудить против автора сей книги уголовное преследование... Я остаюсь при том мнении, ... что профессор Малиновский не излагает своим слушателям ту науку по кафедре коей он состоит на государственной службе, а занимается сомой недозволительной пропагандой, развращая своих юных слушателей с религиозно-нравственной и с политической стороны, производя все это мало того, что безнаказанно, но и на счет сумм государственного казначейства, вследствие чего никоим образом и ни в каком случае оставлен на дальнейшей службе в занимаемой им должности быть не может”<sup>3</sup>.

Тот же попечитель Л. И. Лаврентьев, спустя две с половиной недели, 3 марта, довел до сведения министра народного просвещения отрицательные отзывы Главного управления по делам печати о книге И. А. Малиновского. Авторы отзыва признали первый выпуск книги, в котором речь шла о существе и развитии кровавой мести и ее постепенном отмирании, а также возрождении кровавой мести в форме смертной казни, приводимой в исполнение по воле государственной власти как “обладательницы монополии принуждения”, “с известными оговорками за научное исследование” и с точки зрения закона не содержащим “ничего преступного”, яростно ополчились на второй выпуск. В нем, говорилось в отзыве, автор рисует “в самых мрачных красках т. н. правительственный террор, т. е. смертные казни и вооруженные экспедиции для усмирения революционных шаек (в Москве, Сибири, балтийских губерниях и т. д.”<sup>4</sup>.

И. А. Малиновского обвинили в том, что тот, рисуя в “самых мрачных красках т. н. правительственный террор”, оперировал главным образом “рассказами левой прессы”, “сенсационными известиями”, “газетными слухами”, а “100 приложений, напечатанных во втором выпуске, содержат в себе ряд возмутительных по содержанию прокламаций”. “В виду изложенного, – заключил Л. И. Лаврентьев, – нельзя не прийти к заключению, что в книге “Кровавая месть и смертная казнь”, несомненно, заключаются признаки преступлений, предусмотренных ныне действующими уголовными законами”<sup>5</sup>.

В письме к и. о. томского инспектора по делам печати, датированном 9 февраля 1911 г., последнему предлагалось поступить в отношении автора этой книги “согласно закону”. Ответственность должна была понести и типография, в которой была напечатана книга И. А. Малиновского<sup>6</sup>.

28 июля 1911 г. инспектор по делам печати в Томске П. Виноградов уведомил попечителя Л. И. Лаврентьева о том, что прокурор Томского окружного суда С. Г. Дубяго предложил следователю 1-го участка произвести предварительное следствие по признакам 1 части 129 ст. Уголовного уложения

<sup>1</sup> Крюгер Ф. К. (1862–1938) – с 1895 г. – экстраординарный, в 1903–1912 гг. – ординарный профессор по кафедре медицинского факультета Томского университета.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 61 об.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 71.

<sup>4</sup> РГИА. Ф. 733. Оп. 201. Д. 185. Л. 40 об.; ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 73.

<sup>5</sup> РГИА. Ф. 733. Оп. 201. Д. 185. Л. 40; ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 73, 74.

<sup>6</sup> РГИА. Ф. 733. Оп. 201. Д. 185. Л. 40–41; ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 75–76.

“о распространении в продажу профессором Императорского Томского университета И. А. Малиновским своего сочинения “Кровавая месть и смертные казни”. Уже на следующий день попечитель проинформировал об этом Министерство народного просвещения<sup>1</sup>. 3 августа он направил министру по этому же поводу секретное донесение, в котором еще раз напомнил о том, что неоднократно докладывал в министерство о “высшей степени преступной и агитаторски-противоправительственной, политически-общественной и зловредной” деятельности Малиновского<sup>2</sup>.

Наконец, 28 сентября 1911 г. министру народного просвещения было направлено за подписью временного управляющего Западно-Сибирским учебным округом А. В. Поповым ходатайство об увольнении И. А. Малиновского от должности. К нему была приложена докладная записка о “революционно-агитационной” деятельности профессора, в которой давалась развернутая, преимущественно негативная, характеристика И. А. Малиновского как преподавателя, ученого и общественного деятеля.

Вопреки действительному положению вещей, в записке утверждалось, что И. А. Малиновский являлся “весьма посредственным, чтобы не сказать плохим профессором”, который сосредоточил все свое внимание “на более легкой общественной деятельности”, “проводил в среду студентов и общества социал-демократические начала, разрушительно действуя на существующий государственный строй”. “Исчислить вред, принесенный Малиновским за 13 лет по службе по Министерству народного просвещения учащейся молодежи и государству, – безапелляционно утверждалось в записке, – не представляется возможности; равным образом не представляется возможности учесть этот вред и на будущее время. Одно можно сказать безошибочно: чем дольше будет служить Малиновский в университете и пользоваться именем профессора, тем больше и глубже будут проникать идеи в среду студентов и местного общества и разрушать устои страны”<sup>3</sup>.

Заключая докладную записку, попечитель Западно-Сибирского округа еще раз подчеркнул, что И. А. Малиновский “приносит главный и самый существенный вред именно как профессор” и, по его мнению, “крайне необходимо как можно скорее избавить студентов Томского университета от пагубного на них влияния профессора Малиновского, предложив ему немедленно же подать прошение об отставке, так как этому насадителю революционных идей никоим образом не должно быть места в учебном заведении, которое имеет высокую честь именоваться ИМПЕРАТОРСКИМ<sup>4</sup>.

Реакция Министерства народного просвещения не замедлила последовать. Приказом по министерству от 4 октября 1911 г. его с 23 сентября увольняют из профессоров Томского университета и причисляют к Министерству народного просвещения. Об увольнении И. А. Малиновский узнал от М. Н. Соболева, который сообщил ему, что в редакции Сибирской жизни” была получена телеграмма соответствующего содержания от депутата Государственной думы, бывшего профессора Томского технологического института Н. В. Некрасова<sup>5</sup>. И. А. Малиновский в своих воспоминаниях пишет: “Я был у попечителя Лаврентьева. Тот не скрывал, что увольнение состоялось по его докладу, что причина – вся моя деятельность – профессорская, политическая и литературная, а ближайший повод – привлечение к ответственности по 129 статье. Потом была у Лаврентьева Маруся (жена И. А. Малиновского – С. Ф. и С. Н.),” который ей завил, что “пока он занимает должность попечителя Западно-Сибирского учебного округа, не быть мне профессором Томского университета”<sup>6</sup>. Судебное разбирательство, начатое осенью 1911 г., затянулось на год. Приговором Омского окружного суда от 27 сентября 1912 г. И. А. Малиновский был признан виновным по 3 и 4 пп. 129 ст. Уголовного уложения (возбуждение к неисполнению законов) и приговорен к тюремному заключению на 1 месяц. Книгу “Кровавая месть и смертные казни” постановили уничтожить. И. А. Малиновский был амнистирован по случаю 300-летия Дома Романовых. Его последующая деятельность как педагога и ученого была связана с Варшавой, Ростовом-на-Дону, Москвой и Киевом.

<sup>1</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 87, 88.

<sup>2</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 90.

<sup>3</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 98

<sup>4</sup> ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 118–119.

<sup>5</sup> Некрасов Н. В. (1879–1940) – выпускник С.-Петербургского института инженеров путей сообщения (1902), с 1902 г. – преподаватель, в 1906–1908 гг. – и. д. экстраординарного профессора Томского технологического института. преподаватель, член Государственной думы 3-го и 4-го созывов. Министр путей сообщения и финансов Временного правительства (1917).

<sup>6</sup> Музей истории ТГУ. Малиновский И. А. Маруся и дети. Воспоминания (машинопись). С. 77.



\* \* \*

Нижче публікуються два документа из архивного дела “О профессоре Императорского Томского университета И. А. Малиновском и профессоре того же университета М. Н. Соболеве” (ГАТО, Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в). Это “Ходатайство об увольнении от должности профессора Томского университета И. Малиновского” и “Докладная записка о революционно-агитаторской деятельности профессора Императорского Томского университета Малиновского”, подготовленные в недрах канцелярии Западно-Сибирского учебного округа и направленные в конце сентября 1911 г. в Министерство народного просвещения. Знакомство с их содержанием убеждает в том, насколько необъективен и предвзят был попечитель Западно-Сибирского учебного округа в отношении профессора И. А. Малиновского и как настойчиво он на протяжении, как он сам пишет 12 лет, добивался увольнения последнего из Императорского Томского университета. Первый документ представлен в виде отпуска, а второй это черновик. Причем значительная его часть это рукопись и лишь л. 114-115 (копия конспекта студента Яницкого) исполнены на печатной машинке. Сам попечитель Л. И. Лаврентьев в это время находился в служебной командировке в С. -Петербурге и, по всей вероятности, лично добивался увольнения И. А. Малиновского. В деле есть также копия приказа попечителя Западно-Сибирского учебного округа от 19-го октября 1911 г. за № 175 (Л.). Вот ее содержание: “Высочайшим приказом по гражданскому ведомству от 4-го октября 1911 г. за № 73 исправляющий должность ординарного профессора Императорского Томского университета, магистр государственного права, статский советник МАЛИНОВСКИЙ уволен от исправляемой им должности с 23 сентября по случаю причисления к Министерству народного просвещения” (л. 25).

Документы с примечаниями к печати подготовили С. Ф. Фоминых и С. А. Некрылов.

[Л. 96]. Попечитель Западно-Сибирского учебного округа – министру народного просвещения. Томск, 28 сентября 1911 г. № 440. Секретно.

#### **Ходатайство об увольнении от должности профессора Томского университета И. Малиновского**

Вследствие распоряжения господина попечителя Западно-Сибирского учебного округа, тайного советника Лаврентьева<sup>1</sup> имею честь представить при сем Вашему Высокопревосходительству в дополнение к донесениям от 3 августа 1910 г., 13 февраля и 3 августа 1911 года за № 278, 1805 и 270 докладную записку о революционно-агитационной деятельности профессора Императорского Томского университета Малиновского и покорнейше просить теперь же уволить его от занимаемой должности.

Врем [енно] управ [ляющий] округом А. Попов<sup>2</sup>.

#### **[Л. 97] Докладная записка о революционно-агитационной деятельности Императорского Томского университета Малиновского**

[Л. 98]

Общий взгляд на деятельность проф. Малиновского.

И [справляющий] д [олжность] ординарного профессора по кафедре истории римского права в Императорском Томском университете, магистр государственного права ст [атский] сов [етник] Малиновский на службе состоит с 13 марта 1898 г., а в занимаемой должности – с 21 августа 1904 г. Весьма посредственный, чтобы не сказать плохой профессор, он сосредоточил все свое внимание на более легкой общественной деятельности и как редактор-издатель вместе с проф. Соболевым<sup>3</sup> газеты “Сибирская жизнь” проводил в среду студентов и общества социал-демократические начала, разрушительно действуя на существующий государственный строй. Исчислить вред, принесенный г [осподином] Малиновским за 13 лет по службе по Министерству народного просвещения учащейся молодежи и государству не представляется возможности; равным образом не представляется возможности учесть этот вред и на будущее время. Одно можно сказать безошибочно: чем дольше будет служить г [осподин] Малиновский в университете и пользоваться [л. 88 об.] именем профессора, тем больше и глубже будут проникать идеи в среду студентов и местного общества и разрушать устои страны.

Свои политические выступления г [осподин] Малиновский начал довольно робко и не вполне для себя удачно, затем освоился с положением дела и повел свою линию уже размахисто.

В заседании Юридического общества при Императорском Томском университете<sup>4</sup> 9-го октября 1904 г. им прочитан был доклад на тему: “Вопросы права в сочинениях [А. П.] Чехова”<sup>5</sup>. Доклад этот привлек в актовом зале университета, где происходили заседания общества массу самой разнообразной публики всякого звания и возраста. Зал и хоры были настолько переполнены, что многие, желавшие войти в зал, принуждены были или толпиться в соседнем коридоре, или возвратиться домой. В числе посетителей, кроме студентов двух высших учебных заведений гор. Томска, были слушатели и слушательницы общеобразовательных курсов, гимназисты [л. 99] и гимназистки, реалисты и даже лица с образованием ничего общего не имеющие даже на низших ступенях его.

В своем докладе, не имеющем никакого научного значения, а представляющем тенденциозный памфлет на государственный строй России, докладчик проводил ту мысль, что все герои Чехова относятся отрицательно к окружающей действительности, так как положение вещей угнетает личность, принижает человеческое достоинство, мешает умственному и нравственному развитию человека, не дает ему возможности интересоваться чем либо высоким, стремиться к каким-нибудь идеалам, лишает его всякой инициативы и т. д. и т. д.

На первом заседании присяжный поверенный Вейсман<sup>6</sup> произнес весьма возмутительную речь, в которой, между прочим, старался доказать, что Чехов изобразил только отрицательные типы потому что в России нет политической свободы, но передовые люди из поколения в поколение живут [л. 99 об.] идеальными стремлениями, которые получили ясное проявление 14 декабря 1825 г. и к полному осуществлению которых всё образованное русское общество неудержимо напрягает все свои усилия и, разумеется, в конце концов, достигнет успеха. В зале и на хорах последовал несмолкаемый гром рукоплесканий.

Другой присяжный поверенный Бейлин<sup>7</sup> в двух-трех словах подчеркнул ту же самую мысль и воздал хвалу профессору Малиновскому за его в высшей степени интересный доклад.

Раздался снова гром рукоплесканий по адресу Бейлина и проф. Малиновского.

Во втором заседании общества по поводу того же доклада о вопросах права в сочинениях Чехова высказали свои замечания студент юридического факультета [Е. С.] Пушаровский<sup>8</sup>, уволенный из университета за антиправительственную пропаганду и присяжный поверенный Вейсман.

Студент Пушаровский заявил, что он не удовлетворен докладом Малиновского, так как надеялся услышать в заседании ученого Юридического общества [л. 100] новое слово профессора-публициста, а не многословную компиляцию профессора-юриста. Референт в своем обширном докладе только констатировал всем известные печальные факты русской жизни, в разных ее сферах, как она отразилась в литературных произведениях А. Чехова, но не дал объяснения этих фактов. Эти факты: слабое развитие в обществе чувства законности, произвол власть имущих над подчиненными, сильных над слабыми, забитость личности, необеспеченность ее прав, невозможность для отдельных личностей и общественных учреждений бороться с нестроениями в русской народной жизни и т. п. Столь неприглядная современная нам русская действительность производит тяжелое, безотрадное впечатление. Где же корни зла и как искоренить его? Сам Чехов в некоторых своих произведениях, особенно позднейших, намечает решение этих вопросов. Корень зла не в природе русского человека, который, несмотря на многочисленные и разнообраз [л. 100 об.] ные отклонения в сторону от правды, справедливости и добра, обладает здоровыми нравственными задатками, а в тех тяжелых внешних условиях, в которых живет русское общество, русский народ. Замените эти условия прочным правовым порядком, оставьте русскому народу свободу слова и совести, гарантируйте от произвола и насилия отдельную личность, дайте русскому обществу возможность организовать и развить свои общественные силы, откройте народу широкий доступ к умственному просвещению, и тогда взойдет над русской землей солнце той весны, прихода которой так жаждет русское общество...

Эти мысли Пушаровский развивал в течение 8-10 минут и был награжден со стороны студентов и посторонней публики бурными, дружными и продолжительными аплодисментами, с одной стороны – за смелую политическую речь, а с другой – за пре [л. 101] поданный профессору урок.

Г [осподин] Малиновский с неудовольствием заметил, что его крайне удивила непонятливость оппонента, упустившего из вида ту основную мысль, которая красной нитью проходит через весь доклад. Главной задачей этого доклада, по словам профессора, было поставлено выяснение этих, именно ненормальных и тяжелых внешних условий, среди которых приходится жить русскому обществу и народу. Свое утверждение г [осподин] Малиновский постарался обосновать приведением нескольких выдержек из доклада, в которых особенно ясно выражена основная мысль.

Объяснение профессора не удовлетворило студентов, и они ответили на его слова глухим шумом, в котором можно было разобрать: “нет, у вас неясно сказано!”.

Вейсман заявил о своей солидарности с Пушаровским во взгляде на доклад Малиновского, не отрицая, [л. 101 об.] впрочем, намерения последнего указать на причины темных сторон русской жизни, и закончил свою речь сравнением русского общества с теми людьми, которые заперты в тесном и душном помещении. От недостатка воздуха они раздражаются, придираются друг к другу, набрасываются один на другого, даже царапаются ... Причина этого взаимного раздражения не в людях, самих по себе, а вне их, именно – в недостатке воздуха... “Дайте им воздуха, только воздуха! Не говорил, а вопил с еврейским акцентом Вейсман, – тогда злоба и раздражение прекратятся”.

Последовал взрыв бурных аплодисментов. Профессор Розин<sup>9</sup> как председатель Юридического общества поблагодарил Малиновского за весьма интересный, содержательный по мыслям и изложению доклад и пригласил присутствовавших поблагодарить референта.

Реферат г [осподина] Малиновского, ничего общего с юридическими [л. 102] науками не имевший и преследовавший исключительно политические цели, внес в среду студентов и учащихся средних учебных заведений сильное возбуждение, господствовавшее весьма продолжительное время.

Не менее возмутителен был и другой доклад в Юридическом обществе, где главными руководителями и двигателями являлись Розин, Малиновский и Соболев, некоего Аккерблома<sup>10</sup> об алтайских инородцах, кончившийся речью одного из присутствовавших, в которой он сравнил русское государство с человеком от головы до пят покрытым проказою. Как и на реферате проф. Малиновского, весь зал университетский и хоры битком были набиты учащимися и посторонней публикой.

Юридическое общество постепенно теряло всякую связь с университетом и наукой и превратилось в какой-то революционно-демократический клуб, вследствие чего по распоряжению Министерства народного просвещения от 4 марта 1905 г. за № 123 публичные собрания общества в помещениях университета были воспрещены. Тогда г [осподин] Малиновский перенес свою деятельность в здание Томского окружного суда, где под покровительством председателя суда г [осподином] Витте<sup>11</sup> совместно с Розиным и Боголеповым, оставленном при университете для подготовки к профессорскому званию, продолжал свою агитационную деятельность, причем из зала суда, где происходили собрания, по распоряжению г [осподина] Витте выносили портрет Государя Императора. 18 марта 1905 г [осподин] профессор Малиновский прочитал здесь доклад о представительстве<sup>12</sup>, 19 марта Боголепов – о бюджете<sup>13</sup> и 27 марта Розин и Вейсман<sup>14</sup> – о печати и цензуре. В последнем заседании, во главе с проф. Розиным, при самом деятельном участии г [оспод] Малиновского и Соболева, выработана была ультрарадикальная резолюция с разного рода революционными [л. 103] требованиями, направленная председателю совета министров. По вопросу о народном представительстве в заседании высказывались за всеобщее, равное и тайное избирательное право по системе двухстепенных выборов. Резолюция касалась, между прочим, гражданского равенства всех перед законом, неприкосновенности личности и жилищ, свободы совести и вероисповедания, свободы слова, печати, союзов, собраний и т. п. <sup>15</sup> Четырех докладов и резолюции вполне было достаточно для того, чтобы Юридическое общество по распоряжению г [осподина] министра юстиции было изгнано из помещений Томского окружного суда. Затем мы видим общество в так называемой “дешевой столовой”, в которой бедные люди города и многие студенты двух высших заведений гор. Томска за весьма дешевую цену находили очень плохое пропитание. Заседания в этом архиплебейском помещении созывались конспиративно, для каких-то никому не известных целей, и происходили в присутствии членов окружного суда Бафрала<sup>16</sup> и Шаблювского<sup>17</sup>, мирового судьи Усановича<sup>18</sup>, проф. Малиновского, присяжного поверенного Вейсмана, помощника присяжного поверенного Кийкова<sup>19</sup>, только что выпущенного из тюрьмы и находившегося под судом по политическому преступлению.

Не довольствуясь Юридическим обществом, г [осподин] Малиновский нашел нужным забрать в свои [л. 103 об.] руки вновь открывавшееся в Томске Педагогическое общество, чтобы направить деятельность его по той же социал-демократической дороге, по которой шло Юридическое общество и тем самым положить начало социал-демократическому воспитанию учащихся в средних и низших учебных заведениях. Попытка эта, благодаря вмешательству попечителя Западно-Сибирского учебного округа, не удалась, и общество в желательном для г [осподина] Малиновского составе организовано не было. Тогда в ход пустили студентов-забастовщиков и 18, 24 и 26 января 1905 г. на улицах гор. Томска и в стенах университета произошли возмутительнейшие беспорядки, приведшие в городе к кровавому столкновению, а в университете – к дерзкой порче портрета Государя Императора. В виду такого положения

дела г [осподин] попечитель учебного округа т [айный] сов [етник] Лаврентьев возбудил ходатайство перед г [осподином] мини– [л. 104] стром народного просвещения об увольнении проф. Малиновского от занимаемой должности. Ходатайство возбуждено было 2 августа 1905 г. за № 176 и с тех пор г [осподин] Малиновский благополучно продолжает свою профессорскую и общественную деятельность все в том же прежнем своем направлении.

### **Малиновский – редактор-издатель газеты “Сибирская жизнь”**

“Сибирская жизнь”, по ее собственному заявлению при подписке на газету в 1911 г. и в предшествовавшие годы, служит целям исключительно конституционно-демократическим и в этом отношении является одним из самых вредных провинциальных изданий в России. Как большинство подобного рода гнусных органов печати, “Сибирская жизнь” всю деятельность свою направляла и направляет, прежде всего, к подрыву авторитета правительственной власти, к уничтожению православия, искоренению национальных чувств и разрушению школьного строя. Здесь всегда можно найти и восхваления политиче– [л. 104 об.] ских преступлений, составленных иногда довольно тонко, иногда же выпущенные в оборот без всякого прикрытия. Когда в России происходили беспорядки, “Сибирская жизнь” подстрекала учащуюся молодежь, как высших, так и средних учебных заведений, к забастовкам и участию в политической борьбе. Временный томский генерал-губернатор Нолькен<sup>20</sup> распоряжением от 6 октября 1906 г. за № 6277 постановил прекратить издание названной газеты на три недели. Прежде чем закрыть “Сибирскую жизнь”, г [осподин] начальник края, как сказано в постановлении, исчерпал все меры нравственного воздействия и предупреждения редакторов газеты, но успеха не достиг: они продолжали возбуждать учащуюся молодежь к беспорядкам.

Редакторами же и издателями “Сибирской жизни” состояли не журналисты по специальности, не адвокаты, не вообще лица каких-либо свободных профессий, а чиновники, находившиеся на государственной службе, получавшие от правительства очень [л. 105] крупные оклады и занимавшие в то же время кафедры в Императорском Томском университете, профессора юридического факультета Михаил Соболев и Иоанний Малиновский. В 1910 г. газета Соболева и Малиновского дошла до такого нахальства, что стала пропагандировать убийство Пуришкевича<sup>21</sup>. В № 58 “Сибирской жизни”, под заглавием “Постыдное поведение”, разбирая сообщение Пуришкевича как члена Государственной думы о разного рода гнусностях, которыми были наполнены наши высшие учебные заведения, автор говорит, что в такие мгновения, когда под маской невменяемости уличный хулиган, т. е. депутат Пуришкевич, начнет творить разные гадости, каким нет имени, – “в редкие мгновения все опрокидывается в душе: берут бич и им гонят оскверняющих храм; не только их бьют, но и убивают”<sup>22</sup>. Коротко и ясно. В № 198 газеты от 7 сентября 1911 г. помещено было телеграфное сообщение о кончине П. А. Столыпина<sup>23</sup>, а вместе с тем и пере – [л. 105 об.] довая статья от редакции о злодейски убитом нашем во всех отношениях выдающемся государственным деятеле, в которой бывший премьер-министр характеризовался, как человек принесший только вред государству, и проводилась та мысль, что г [осподину] Столыпину по его делам и не могло быть другого конца<sup>24</sup>. За статью эту на редакцию наложен штраф в 500 р. и только! В виду крайне вредного направления газеты “Сибирская жизнь” г [осподин] министр народного просвещения в распоряжении от 8 мая 1910 г. за № 13584 предложил отказаться от издания и редактирования газеты или оставить службу в университете. Следствием этого явилось в качестве редактора подставное лицо. Если Малиновский принес массу вреда как член Юридического общества, то несравненно больший вред принесен им через посредство “Сибирской жизни”, которую издает и редактирует с профессором Соболевым около десяти уже лет.

[л. 106]

### **Малиновский как профессор Томского университета**

Судить о г [осподине] Малиновском как профессоре Томского университета лучше всего по изложенным им лекциям по истории русского права (Вып. 1, 2 и 3. 1907 г.)<sup>25</sup>.

“Самодержавие, православие и народность” – вот те начала русской самобытности, с которыми неустанно он борется, и борьба его красною нитью проходит через весь курс лекций по истории и русского права.



“Патриархально-вотчинний взгляд на власть”, – говорит г [осподин] Малиновский, – “сменяется государственно-полицейским. Власть существует для государства и в интересах государства. Власть в интересах государства заботится об общем благе; с этою целью она вмешивается во все проявления народной жизни и подробным образом регламентирует их. Народ, с точки зре– [л. 106 об.] ния полицейской, не понимает своего блага, и потому он должен беспрекословно повиноваться власти. Права власти монарха расширились. Участие народа в делах государственных не признается. Власть монарха получает в полной мере характер неограниченного самодержавия. В частности, монарху принадлежит религиозная власть, которую он осуществляет через посредство Св [ященного] синода... Закон – это акт воли монарха... Монарху принадлежит судебная власть, административная... Власть Императора Всероссийского есть самодержавная, неограниченная”<sup>1</sup>.

Рассматривая далее мнение теоретиков самодержавной власти, проф. Малиновский указывает на историка Карамзина<sup>26</sup>, как убежденного сторонника неограниченного самодержавия в России, и переходит к “Своду законов”... После изда– [л. 107] ния “Свода законов”, в котором формулировано было законодательное определение сущности самодержавной власти, вопрос этот обсуждается неофициально в ученых исследованиях по русскому государственному праву. Русские государствоведы обращают главное и почти исключительное внимание на ст. 1, а также на ст. 47, где сказано, что Империя Российская управляется на твердом основании законов, от самодержавной власти исходящих. Таким образом, по мнению позднейших теоретиков самодержавной власти, эта власть действует правомерно, – она соединяется с принципами законности, а потому отличается, с одной стороны, от власти конституционного монарха, а с другой стороны, от власти деспота. “Такое толкование, – по мнению г. Малиновского, – соответствует буквальному смыслу закона, но не соответствует буквальному смыслу закона, но не соответствует [л. 107 об.] и не может соответствовать действительности. Законность – это то, что имеет место в действительности в неограниченной монархии. Только в государстве конституционном законность становится действительным фактом жизни. Конституционное государство есть государство правовое”<sup>22</sup>.

В качестве доказательства этого положения г [осподин] Малиновский приводит следующее рассуждение: “Обычай постепенно заменяется законом, и закон делается господствующей формой права. Закон, в сравнении с обычаем, обладает большими преимуществами: ясностью, определенностью, общеизвестностью. Этими качествами не обладает обычай; но обычай, как результат деятельности самого народа, обладает неоценимым каче– [л. 108] ством – соответствием юридическим воззрениям народа. Таким качеством может обладать и закон там, где сам народ, в лице своих представителей, участвует в законодательстве, т. е. в конституционных государствах”<sup>23</sup>.

Теперь посмотрим, как по лекциям г [осподина] Малиновского конституция завоевывала свое место в Российской империи.

По смерти Екатерины II<sup>27</sup>, говорит профессор, “наступила эпоха необузданного произвола, эпоха фронтовой выправки, военной субординации, преследования якобинства, одним словом, эпоха Павла I”<sup>28</sup>.

В такую эпоху представители населения, конечно, не могли быть призываемы к участию в государственном управлении”<sup>24</sup>. В XIX веке мы уже не встречаем ни законодательных комиссий из представителей [л. 108 об.] населения, ни земских соборов, но именно в конце XVIII века появляются те условия, которые готовят неизбежное осуществление в верховном управлении идеи народоправства в более совершенной форме, нежели вечевые собрания, земские соборы и законодательные комиссии. На первом месте среди этих условий следует поставить падение крепостного права, раскрепощение русского общества. Падение крепостного права было началом установления гражданской свободы, которая тесно связана со свободой политической”. Далее указывается на развитие образования – школьного и внешкольного, общего и профессионального, высшего, среднего и низшего. “По мере распространения просвещения, – говорит проф. Малиновский, – начинает все яснее и яснее сознаваться важность и необходимость свободы. Наиболее важную [л. 109] роль в деле проведения в общественное сознание освободительных идей играет класс интеллигенции. Общественно-экономические классы со своей стороны сначала инстинктивно чувствуют, а затем ясно сознают необходимость свободы для развития экономических сил страны. Оживленные мирные сношения и вооруженные столкновения с

<sup>1</sup> Вып. 2, стр. 249-250.

<sup>2</sup> Вып. 2, стр. 256-257.

<sup>3</sup> Вып. 1, стр. 295.

<sup>4</sup> Вып. 2, стр. 271.

Западной Европой постепенно указывали русскому обществу на преимущества западноевропейских конституционных порядков и на недостаток отечественного режима. О тех же недостатках отечественного режима красноречиво свидетельствовали прискорбные события и явления внутренней жизни. Чувство недовольства становится все более и более острым и болезненным и вызывает со стороны не-которой части общества активный протест [л. 109 об.] в форме революционных движений...<sup>1</sup>.

Под влиянием всех указанных условий в правосознании русского общества постепенно складывается и укрепляется убеждение в безусловной необходимости коренной реформы государственного строя на началах самоуправления и свободы, т. е. в безусловной необходимости конституционного строя. В некоторых кругах русского общества это убеждение появляется уже в начале XIX века. С течением времени постепенно расширяется круг лиц, проникнутых таким убеждением, а вместе с тем и самое убеждение становится все более и более твердым и непреклонным<sup>2</sup>. После 14 декабря 1825 г. во все царствование Николая I<sup>29</sup> правительство неуклонно придерживается реакционной политики. Характерными чертами этой по [л. 110] литики является неограниченный авторитет власти и полная опека бюрократии над всеми проявлениями общественной жизни. Теория этой политики формулируется графом Уваровым<sup>30</sup>, который был министром народного просвещения в николаевское царствование. Граф Уваров провозгласил, что основными началами русской самобытности являются – православие, самодержавие и народность и что Россия благоденствует под сенью этих начал. Каково было это благоденствие показала Крымская война. Реформа государственная сделалась неизбежною. Совершается величайшая в русской истории реформа – крестьянская, а вслед за ней ряд других реформ – земская, судебная, университетская. Лучшие русские люди ожидали, что венцом этих реформ будет реформа политическая [л. 110 об.] Но ожидания не оправдались. С 1866 г. снова наступает реакция, которая продолжается до наших дней... Реакционная деятельность правительства вызывает революционное движение со стороны другой части общества.

К концу царствования Александра II<sup>31</sup> революционное движение принимает характер террора<sup>3</sup>. Реакция тянется в течение всего царствования Александра III<sup>32</sup>, которое в этом отношении уподобляется царствованию Николая I. В начале царствования Николая II<sup>33</sup> среди земских деятелей снова поднимается вопрос о привлечении общества к делам государственным и снова не получает практического осуществления, ибо в глазах правительства оно относится к категории “бессмысленных мечтаний”. Но эти мечта– [л. 111] ния продолжают жить в умах русских людей, выжидая лишь удобного случая для своего обнаружения. Такой случай представился, когда назначенный на пост министра внутренних дел Святополк-Мирский<sup>34</sup> заявил о необходимости доверия со стороны правительства к обществу. Этот маловажный сам по себе факт был сигналом, по которому затаенная в глубине общественного правосознания мысль о взаимных отношениях между народом и властью вырвалась наружу. Русское общество громко и настоятельно потребовало установления конституционного строя. Грозные события и явления русской жизни – неслыханные поражения русской армии и флота на Дальнем Востоке, рабочие и крестьянские волнения, волнения в войсках, в учебных заведениях и т. д. – все эти [л. 111 об.] события и явления красноречиво свидетельствуют о том, что “так жить нельзя”, что необходима коренная реформа. Освободительное движение приобретает особенную напряженность и энергию и идет быстрым темпом. 9-е января 1905 г. является симптомом того, что требование конституционного строя приобретает характер всенародного требования. Государственная дума по закону 6 августа не удовлетворила русское общество. В первой половине октября устроена была всеобщая политическая забастовка, окончившаяся опубликованием манифеста 17 октября. Торжественно обнародованная непреклонная воля Верховной власти ввести в России конституционный строй на основании политической и гражданской свободы. Манифест 17 ок – [л. 112] тября составляет грань между третьим и четвертым периодами истории русского права. Этим манифестом оканчивается период неограниченной монархии и начинается период монархии конституционной<sup>4</sup>.

Так учит проф. Малиновский. Сделанных мною выписок вполне достаточно, чтобы сказать, что перед своими слушателями в университетской аудитории он выступает не как один из работников на поприще науки, а как политический деятель, как публицист, всецело ополчившийся на самодержавный образ правле-

<sup>1</sup> Вып. 2, стр. 271-273.

<sup>2</sup> Вып. 2, стр. 274.

<sup>3</sup> Вып. 2, стр. 277.

<sup>4</sup> Вып. 2, стр. 280.

ния. Здесь все, что хотите, до полного оправдания революции, но нет науки; здесь от начала до конца идут предвзятые политические взгляды и воззрения, с целью пропаганды [л. 112 об.] среди учащейся молодежи.

Относясь вполне отрицательно к самодержавному образу правлению, при котором фактическая власть принадлежит бюрократии, вследствие чего и закон не есть акт личной воли Государя, а есть “акт бюрократического творчества”<sup>1</sup>, г [осподин] Малиновский относится отрицательно и к народности. “Сущность теории официальной народности, – говорит он, – заключается в том, что русский народ отличается от всех других народов самобытными особенностями, самобытными устоями. Такими особенностями являются: самодержавие, православие и народность. Вся русская история с точки зрения этой теории состоит из ряда мероприятий, употребляемых правительством для водворения и утверждения самобытных устоев в жизни русского народа”<sup>2</sup>. Но теория официальной народности в истории нашей общественности имеет только отрицательное – [л. 113] ное значение. Эта теория явилась в эпоху реакции – в конце царствования Александра I<sup>3</sup> и в царствование Николая I<sup>3</sup>. В чем, собственно, заключается отрицательное значение в истории нашей общественности теории официальной народности, к сожалению, профессором оставлено без достаточного выяснения.

Православию г [осподин] Малиновский уделил в своих лекциях места немного; тем не менее, у него есть указание на нетерпимость в области религии, на роскошный образ жизни высшего духовенства, на привилегии церкви и духовенства<sup>4</sup> и на наивные рассказы в житиях святых лиц, получивших от святых исцеления. В этих наивных рассказах, по мнению профессора, можно уловить и юридические воззрения народа<sup>5</sup>.

[л. 113 об.] Лекции И. Малиновского носят конспективный характер: они представляет собою только канву, по которой профессор вышивает узоры уже в аудитории. А как он вышивает узоры, видно из отобранной у студента Томского университета Яницкого<sup>36</sup> при обыске в числе различной переписки революционного характера, рукописи, порицающей самодержавный образ правления и препровожденной попечителю Западно-Сибирского учебного округа, при предложении от 12 мая 1910 г. за № 162. Рукопись эта, по показанию названного студента, составлена им лично по лекции проф. Малиновского, прочитанной в декабре месяце 1909 г. в одной из аудиторий Томского университета.

Вот отдельное содержание:

[л. 114]

“Есть ли самодержавие наилучший образ правления? Это верно лишь тогда, когда этот самодержец обладает гениальными способностями.

В жизни это бывает крайне редко, кроме того надо принять во внимание, что неограниченная власть развращает человека.

Посмотрим, насколько гениальны были русские самодержцы.

Петр Великий<sup>37</sup> – несомненно, был гениален.

Екатерина II – только талантлива.

Остальные же русские самодержцы далеко не отвечают своему назначению.

Екатерина I<sup>38</sup> – замечательная женщина в семейной жизни (энергичная, умная), но, как правительница, никуда не годная, фактически при ее царствовании правил Меншиков<sup>39</sup>.

Анна Иоанновна<sup>40</sup> – злая, жестокая, развращенная, в ней было гораздо больше отрицательных сторон в характере, чем положительных (ледяной дом).

Елизавета Петровна<sup>41</sup> – тип среднего человека, тип русской женщины того времени – любила покушать, повеселиться, по натуре осторожная и вспыльчивая она мало вмешивалась в госуд [арственные] дела, оставляя это на своих фаворитов.

Петр III<sup>42</sup> – малообразованный, слабого здоровья, вялый. Россию он не любил, (он всегда боялся, что в России ему несдобровать). Любил увлекаться, чисто детские забавы (играл в солдатики, хлопал по комнате кнутом). Был бестактен, пошл, невоспитан и т. д., другими словами это был тип дегенерата. Кроме всего этого, он был страшный пьяница и, находясь постоянно навеселе, часто открывал очень важные государственные тайны.

<sup>1</sup> Вып. 1, стр. 202.

<sup>2</sup> Вып. 1, стр. 40.

<sup>3</sup> Вып. 1, стр. 42.

<sup>4</sup> Вып. 1, стр. 11.

<sup>5</sup> Вып. 1, стр. 146.

[л. 114 об.] Павел I – человек, безусловно, ненормальный, больной очень странной болезнью, которая до сих пор служит вопросом для психиатров.

Ясно, что подобные правители не могли обходиться без многочисленных советников к которым фактически и перешла власть государя, сами же прав [ители] совершенно скрываются за ними.

Полнота власти.

1) Законодательство. 2) Общее благо. 3) Законность. Три кита, на которых покоится теоретическое обоснование самодержавия.

Законодательство – все законы, есть продукт единой творческой воли государя. Правда ли это? Всякий закон переживает три стадии. А) Возникновение идеи издания данного. Б) Его разработка. В) Утверждение его подписью государя. Как в первой, так и во второй стадии, государь совершенно не принимает никакого участия, да это вполне и естественно, так как для этого надо обладать такими обширными сведениями в области жизни своего народа и такой богатой эрудицией в области права, что это едва ли под силу одному человеку (пример. В царствование Николая I было издано 32815 зак [онов]) и в жизни так и случается, что государь участвует только в утверждении закона, скрепляя его своею подписью. Действительными же творцами законов являются наши многочисленные бюрократические учреждения.

Общее благо. Теоретики самодержавия утверждают, что только в этом образе правления достигается общее благо (Феофан Прокопович<sup>43</sup>, Юрий Крижанич<sup>44</sup>). Правда ли это?

Правда и Петр В [еликий] и Екат [ерина] В [еликая] в своих регламентах говорят о своем желании народу блага. Во имя этого же общего блага создается [л. 115] всеобщая государственная опека, не допускающая никакой самодетельности.

Это положение, если и бывает иногда благотельно (время П [етра] В [еликого]), но возводить это в общее правило, безусловно, нелепо. И если она понятна во времена П [етра] В [еликого], то применение ее в нынешнее время полный абсурд. Надо принять во внимание, что во время П [етра] В [еликого] общее народное благо совпадало с коренными интересами, т. е. одним ударом убивалось два зайца. Не то теперь – теперь опека преследует и охраняет интересы исключительно казны и бюрократии.

(Регламент о вольности дворянства Ек [атерины] II) во вред народа (закрепощение Малороссии), если мы обратимся к государственному бюджету, то мы увидим, что бесконечно большая половина идет на бюрократию и командующий класс во вред народа. Из всего вышесказанного видно, что самодержавием общее благо ни в коем случае не достигается.

Законность. Для удовлетворения этого положения нужно, чтобы были законы и чтобы они исполнялись. Для жизненности закона надо, чтобы он прошел весь законодательный путь. Если этот законодательный путь при самодержавии и идут ли по нему при создании закона. Первое – да, второе – нет. Большинство государственных указов не проходит всех законодательных стадий, и часто бывают даже результатом мудрствования какого-нибудь министра.

Второй признак законности это исполнение законов – есть ли это... нас, опять-таки нет. законы толкуются вкривь и вкось, они подгоняются массой различных сенаторских разъяснений под более желательную для правительства в данный момент мерку, иногда даже противоречат прежде изданному закону (Пр. несменяемость судей). Кроме того у нас сановники совершенно ускользают от суда, чтобы они [л. 115 об.] не сделали в силу того положения, что для того чтобы судить сановника надо на это согласие его начальства.

Сенат – орган надзора за законностью Управления. В действительности же сенат зависит от министра юстиции, теряя всю свою самостоятельность.

Итак, мы видим, что этот принцип законности совершенно не достигается, а на его место выступает административное усмотрение и произвол.

Из всего сказанного видно, что самодержавие не удовлетворяет предъявляемым к нему требованиям. И сами..."

[л. 116]

Из сопоставления только что приведенной рукописи студента Яницкого с изданными профессором И. Малиновским "Лекциями по истории русского права" нельзя не прийти к заявлению, что рукопись эта является действительным и притом довольно точным, хотя и конспективным, воспроизведением одной из лекций профессора Малиновского, которыми он безнаказанно для себя борется с высоты своей кафедры с существующим у нас государственным строем. Предположение о духе, направлении и



содержании этой лекции настолько доказательно, что этого не решится отрицать и сам Малиновский. Он в своем объяснении по поводу приведенной выше рукописи студента Яницкого, между прочим, говорит: “Если автор рукописи – мой бывший студент, то могу допустить, что он черпал материал для своих заметок и из моих лекций. Могу допустить это на том основании, что на своих лекциях я касался большинства тех вопросов, [л. 116 об.] о которых идет речь в рукописи. Но прибавлю, что заимствования из моих лекций делались с выбором и что заимствованный из лекций материал извращен и дополнен собственными суждениями автора”. Отсюда ясно, какие лекции по истории русского права читает профессор Малиновский в Томском университете, ясно до очевидности, что он излагает своим слушателям не ту науку, по кафедре которой он состоит на государственной службе, а занимается самую непозволительную пропаганду, развращая своих юных слушателей и с религиозно-нравственной, и с политической стороны, производя все это мало того, что безнаказанно, но и на счет сумм государственного казначейства!

Ученые труды профессора Малиновского как нельзя более дополняют и блестящим образом подтверждают, в каком вредном направлении работает этот публицист-профессор, хотя он и называет себя одним из работников на научном поприще.

Ученых трудов у Мали – [л. 117] новского два: один его диссертация на степень магистра государственного права на тему – “Рада великого княжества Литовского в связи с боярской думой Древней Руси”, другой – “Кровавая месть и смертные казни”.

Второй из названных трудов профессора Малиновского вполне и весьма рельефно обрисовывает всю научную его деятельность. Этот труд И. Малиновского, как только появился в общей печати, прежде всего, обратил на себя внимание Казанского губернатора [Стрижевского]<sup>45</sup>, который в своем представлении в Главное управление по делам печати от 17 декабря 1910 г. за № 11357 доносил<sup>46</sup>: [л. 62]”В книжных магазинах Казани появилась в продаже книга И. Малиновского, озаглавленная “Кровавая месть и смертные казни” в двух выпусках, изданная в Томске в 1908-1909 г. Книга эта с внешней стороны представляет довольно большой том в 204+149 страниц+129 страниц хорошей четкой печати, а по существу составляет жестокую критику против применяемой в России смертной казни, которая, вопреки ясному смыслу закона, по замечанию автора, допускается и за простые посягательства на должностных лиц (стр. 113, ч. 2). По словам автора, “практика, вопреки смыслу закона, распространила “знаменитую” 279 ст. Воин [ского] Уст [ава] о наказ [аниях] и на преступления, совершенные не военнослужащими в мирное время. Практика, замечает автор на стр. 113, идет еще дальше: на основании 279 ст. карают смертной казнью преступления этой статьей не предусмотренные.

Далее на стр. 114 автор говорит: “Нет и не может быть такого закона, который допускал бы возможность отмены закона министерским циркуляром. А в практике военного суда имеет место и это беззаконие. Есть закон (ст. 906 Уст [ава] В [оенного] Суд [а]), разрешающий судьям понижать наказания при наличии смягчающих вину обстоятельств. [л. 62 об.] Этот закон отменен тайным циркуляром Военного министра... В циркуляре имеется ссылка на словесное Высочайшее повеление от 11 августа 1881 г. Ссылка эта не устраняет вовсе противозаконного характера подобной меры. “Нет закона, – пишет автор, – который разрешал бы расстрелы людей без суда по приказаниям генералов, полковников, ротмистров, поручиков и других чинов. Такие расстрелы – предумышленные убийства, т. е. преступления, запрещенные под страхом наказания. Убийца тот, кто расстреливает, подстрекатель убийств тот, кто дает приказ о расстреле”.

“Нет такого закона, который разрешал бы в мирное время вводит военное положение. Но оно вопреки ясному смыслу законов вводилось и сколько смертных приговоров было постановлено и приведено в исполнение на основании правил о военном положении”.

“Казнить без закона и вопреки закону. Эпоха террора есть время произвола и самоуправства, а не время закона. Таким временем самоуправства и произвола была старинная эпоха кровавой мести”.

“Большое значение в эпоху кровавой мести имел темперамент мстителя. За однородную обиду один мстил смертью, другой удовлетворялся избиением, третий удовлетворялся [л. 63] выкупом... Так дело обстоит и тогда, когда Правительство казнями мстит крамольникам. Органы Правительственной власти – люди, обладающие различными темпераментами, в зависимости от темперамента они прибегают или не прибегают к казням в борьбе с крамолью”.

“Законодатель, продолжая дело частного мстителя, санкционировал простую и квалифицированную смертную казнь. В наше время квалифицированные виды смертной казни по суду не применяются.

Но есть известия о том, что иногда практиковались и квалифицированные формы смертной казни”. И далее на стр. 120 подробно трактуется усмирение забастовщиков по линии Московско-Казанской железной дороги.

“Пусть это редкие, незначительные случаи. Пусть по общему правилу, в наше время практикуется только повешение и расстреляние. Но из этого не следует, что мстительная жестокость чужда современному законодательству. Самый факт сохранения смертной казни в числе наказаний свидетельствует о мстительной жестокости. Смертная казнь — это вид квалифицированной кровавой мести” (стр. 120 и 121).

Я цитирую здесь только взятые на выдержку страницы, но подобные мысли, выражающие явно враждебный характер, рассеяны автором на про— [л. 63 об.] странстве всей его книги. Особенное внимание обращает на себя отдел “Приложение”, о сущности которого можно иметь приблизительное понятие уже по одному заголовку, который при сем прилагается.

Хотя издание это и составляет “ученый труд”, представленный для соискания степени доктора права, но оно не перестает быть в то же время и чисто публицистическим произведением, привлекая особое внимание публики именем автора, состоящего в составе профессорской корпорации Томского университета, тенденциозностью заголовка книги и сравнительно невысокой ценой, очевидно рассчитанной на широкое распространение сочинения в среде общества.

На мой взгляд, означенное сочинение, изданное в Томске, представляет все данные к возбуждению против автора уголовного преследования и к наложению запрещения на самое издание, о чем и считаю своим долгом представить на усмотрение Главного управления по делам печати.

Губернатор Стрижевский.  
Правитель канцелярии”<sup>1</sup>

<...> По поводу этого ученого труда прокурор Томского окружного суда в отношении от 28 июля 1911 года за № 643 уведомил учебное правление Западно-Сибирского округа, что им препровождена судебному следователю 1-го участка Томского окружного суда для производства предварительного следствия по признакам 129 ст. Угол [овного] улож [ения], возбужденная Главным управлением по делам печати переписка о распространении путем обращения в продажу профессором Императорского Томского университета И. А. Малиновским своего сочинения “Кровавая месть и смертные казни”, какое сочинение, изданное в 1908-1909 гг. в городе Томске, заключает в себе суждения, возбуждающие по содержанию к учинению преступлений, означенных в 2-й части вышеупомянутой выше 129 ст. Приведенного здесь, полагаю, больше, чем достаточно, чтобы понять какими “учеными” трудами занимается этот один из работников не на научном поле, а на революционном поприще, профессор Томского университета И. Малиновский.

### Заключение

Из приведенного в настоящей докладной записке разбора деятельности профессора И. Малиновского как деятеля общественного, как редактора-издателя местной газеты, как профессора и, наконец, как ученого, вполне ясно и отчетливо вырисовывается как общее направление, так и общий характер его, нужно правду сказать, весьма энергичной деятельности. В обществе, в газете, на кафедре и в ученых трудах Малиновский с редкою последовательностью [л. 118] везде преследует одну и ту же вполне определенную цель: он везде самыми разнообразными, но всегда преступно-агитационными приемами, старается вызвать, вселить и укоренить недовольство существующим в России строем и подорвать уважение как к порядку управления ею, так и к вехам сложившейся истории ее.

В течение целых двенадцати лет я наблюдал эту деятельность Малиновского и при всяком резком проявлении ее доносил в министерство, но к величайшему сожалению все мои донесения оставались, да и до сих пор остаются по непонятной для меня причине безрезультатными. Вот перечень этих донесений, начиная с 1905 года.

В 1905 году: января 28 за № 49; февраля 12 за № 74; апреля 7 за № 118; апреля 27 за № 129; мая 25 за № 146; мая 31 за № 149; августа 2-го за № 176; декабря 31 за № 327.

<sup>1</sup> (ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. Л. 62-63. Письмо казанского губернатора Стрижевского в Главное управление министерства печати МВД.

[л. 118 об.] В 1906 году: декабря 8 за № 157; декабря 11 за № 92; декабря 12 за № 129.

В 1907 году: января 8 за № 4; января 21 за № 21; февраля 24 за № 259. В 1910 году: марта 19 за № 2062; апреля 10 за № 2692; мая 29 за № 4092; августа 3 за № 278; сентября 15 за № 8061; сентября 17 за № 8101. В 1911 году: февраля 13 за № 1805; марта 3 за № 2352; августа 3 за № 270 (секр [етно]).

В виду того, что И. Малиновский приносит главный и самый существенный вред именно как профессор, то я считаю своим служебным долгом еще раз почтительнейше доложить Вашему Высокопревосходительству, что крайне необходимо как можно скорее избавить студентов Томского университета от пагубного на них влияния профессора Малиновского, [л. 119] предложив ему немедленно же подать прошение об отставке, так как этому насадителю революционных идей никоим образом не должно быть места в учебном заведении, которое имеет высокую честь именоваться ИМПЕРАТОРСКИМ.

Попечитель Западно-Сибирского учебного округа

.... 1911 года.

ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. 2604в. Л. 96 113, 116–119. Рукопись; л. 114-115. Машинопись.

### ПРИМЕЧАНИЯ

1. См. примечания к статье С. Ф. Фоминых и С. А. Некрылова.

2. Попов Александр Васильевич (1845–?) – с 1897 г. – окружной инспектор Западно-Сибирского учебного округа, действительный статский советник, кандидат историко-филологического факультета Казанского университета.

3. См. примечания к статье С. Ф. Фоминых и С. А. Некрылова.

4. Устав Юридического общества при Императорском Томском университете был утвержден министром народного просвещения Н. П. Боголеповым 6 февраля 1901 г. Первое собрание членов Юридического общества прошло в зале заседаний совета университета 11 марта 1901 г. Среди членов-учредителей общества был и И. А. Малиновский.

5. Томское юридическое общество // Право. 1904. № 47. Ст. 3277-32-80; № 48. Ст. 3347-3350.

6. Вейсман Рафаил Львович – помощник присяжного поверенного в Томске, член Томского юридического общества.

7. Бейлин Михаил Рафаилович – помощник присяжного поверенного в Томске, член Томского юридического общества.

8. Пушаровский Евгений Стефанович (р. 4 янв. 1877 г.), сын священника, сирота поступил на 1 курс юридического факультета после окончания Казанской духовной семинарии в 1901 г. 14 февраля 1904 г. был уволен с 3-го курса. С начала 1904/5 уч. г. вновь был принят на 3-й курс.

9. См. примечания к статье С. Ф. Фоминых и С. А. Некрылова.

10. Аккерблом С. И., выступая 23 декабря 1904 г. с докладом “К вопросу о современном экономическом и правовом положении инородцев (по поводу религиозного движения на Алтае)” на заседании Юридического общества при Томском университете, он объяснил появление у коренных народов Алтая религиозного движения под названием бурханизм постоянным притеснением алтайцев со стороны военных и русских купцов. См. Журнал министерства юстиции. 1905. № 3. С. 175.

11. Витте Альфонс Васильевич – председатель Томского окружного суда, член Томского юридического общества.

12. И. А. Малиновский выступил с докладом “Исторические основы Высочайшего рескрипта 18 февраля”. Желавшие ознакомиться с содержанием доклада имели возможность сделать это по статьям И. А. Малиновского “Право петиций: по поводу Высочайшего указа 18 февраля” и “Общество и правительство”, опубликованным незадолго до этого “Сибирской жизнью” (1905. 22, 24, 25 февр.). Основываясь на фактах из отечественной истории, автор проводил мысль, что “идея участия народа в государственных делах искони сознавалась русским народом и что эта идея неоднократно в различных формах осуществлялась”. Он сослался на вечевые собрания Древней Руси, Боярскую думу, рады и сеймы в Великом княжестве литовском, земские соборы Московского государства, законодательные комиссии XVIII в. Тем не менее, докладчик признал, что по закону не повторяемости исторических явлений ни одна из выше перечисленных форм не может быть восстановлена в настоящий период: “не-

обходима новая форма, соответствующая духу времени”. По мнению И. А. Малиновского, наступило время для реализации идеи участия народа в государственном управлении в новой форме. Газета “Сибирский вестник”, информируя об этом заседании Юридического общества, привела заключительные слова докладчика: “Теперь, в начале XX века, система правления осталась прежняя, а общественный дух поднялся на неизмеримо более высокую ступень своего развития, так что бюрократическая опека над обществом становится совершенно невыносимой”. См. Сибирская жизнь 1905. 25 февр. ; Сибирский вестник. 1905. 23 марта. См. также: ЖМЮ. 1905. № 5. С. 164.

13. Боголепов М. И. Бюджетное право // Сибирская жизнь. 1905. 22 марта.

14. Н. Н. Розин. “К характеристике провинциальной цензуры”. Р. Л. Вейсман избрал для своего сообщения тему “Очерк истории и современного положения законодательства о печати в России”. См. : Сибирская жизнь. 1905. 30 марта.

15. В ней речь шла о необходимости ввести в русское законодательство положения, гарантирующие равенство граждан независимо от вероисповедания и национальности, равенство всех перед законом, отмену сословных прав и преимуществ, неприкосновенность личности и жилищ, свободу передвижения и отмену паспортной системы, свободу слова и печати, свободу обучения, введение обязательного и бесплатного начального образования, право проведения собраний, создания союзов, не противоречащих уголовному законодательству, право подачи государственной власти единоличных и коллективных петиций, отделение судебной власти от исполнительной, независимость и несменяемость судей, введение выборного мирового института и суда присяжных. “Все эти права, – говорилось в заключительном 10 пункте резолюции, – могут быть обеспечены при системе народного представительства, организуемого на началах свободного избрания и отождествляющего функции законодательной власти, рассмотрения и утверждения государственного бюджета и контроля над управлением”. Содержание резолюции, по сути дела, явилось выражением партийной программы кадетской партии, членами которой являлось подавляющее большинство членов Томского юридического общества. См.: Право. 1905. № 14. Ст. 1113; Сибирская жизнь. 1905. 12 апр.

16. Бафрала Лазарь Антонович – товарищ председателя Томского окружного суда, коллежский советник, член Томского юридического общества.

17. Шаблиовский Николай Николаевич – член Томского окружного суда, действительный статский советник, член Томского юридического общества.

18. Усанович Иван Львович – юрист, мировой судья 3-го участка г. Томска, член Томского юридического общества. После отъезда из Томска нотариус в Омске.

19. Кийков Алексей Алексеевич – помощник присяжного поверенного в Томске, член Томского юридического общества.

20. Нолькен Карл Станиславович (1858–1919) – барон, в 1905-1908 гг. – томский губернатор.

21. Пуришкевич В. М. (1870–1920) – один из лидеров “Союза русского народа”, депутат Государственной думы 2-4 созывов.

22. Сибирская жизнь. 1910. 14 марта.

23. Столыпин П. А. (1862–1911) – министр внутренних дел и председатель Совета министров Российской империи (1906-1911).

24. Сибирская жизнь. 1911. 7 сент. Статья озаглавлена “П. А. Столыпин”. В секретном письме от 4 декабря 1911 гг. попечителя Л. И. Лаврентьева на имя Г. Г. Замысловского, товарища секретаря Государственной думы, авторство этой статьи приписывается И. А. Малиновскому. – ГАТО. Ф. 126. Оп. 2. Д. Л. 122.

25. Малиновский И. Лекции по истории русского права. Вып. 1. Программа. Введение. Литература источники. Томск, 1907; Вып. 2. История государственного права. Томск, 1907; Вып. 3. История Уголовного права. История гражданского права. Томск, 1907.

26. Карамзин Н. М. (1766–1826) – историк, писатель, почетный член Петербургской АН (1818). Создатель “Истории государства Российского” (т. 1-12, 1816-1829).

27. Екатерина II (1729–1796) – российская императрица.

28. Павел I Петрович (1754–1801) – российский император (1796-1801).

29. Николай I Павлович (1796-1855) – российский император (1825-1855).

30. Уваров С. С. (1786–1855) – граф, российский государственный деятель. В 1833-1849 гг. – министр народного просвещения. Автор формулы “православие, самодержавие, народность”.



31. Александр II Николаевич (1818–1881) – российский император (1855-1881)
32. Александр III Александрович (1845–1894) – российский император (1881-1894).
33. Николай II Александрович (1868–1918) – российский император (1894-1917).
34. Святополк-Мирский П. Д. (1857–1914) – князь, российский государственный деятель. В 1904-1905 – министр внутренних дел.
35. Александр I Павлович (1777–1825) – российский император (1801-1825).
36. См. примечания к статье С. Ф. Фоминых и С. А. Некрылова.
37. Петр I Великий (1672–1725) – российский царь с 1682 г. (правил с 1689 г.), первый российский император (с 1721 г.).
38. Екатерина I Алексеевна (1684–1727) – российская императрица (1725-1727).
39. Меншиков А. Д. (1673–1729) – сподвижник Петра I, светлейший князь, генералиссимус (1727).
40. Анна Иоановна (1693–1740) – российская императрица (1730-1740), племянница Петра I.
41. Елизавета Петровна (1709–1761/1762) – российская императрица (с 1741 г.), дочь Петра I.
42. Петр III Федорович (1728–1762) – российский император (1761-1762), внук Петра I.
43. Прокопович Феофан (1681–1736) – украинский и русский государственный и церковный деятель, писатель, сподвижник Петра I.
44. Крижанич Юрий (ок. 1618–1683) – славянский ученый энциклопедист, писатель.
45. Стрижевский М. В. (1854–1913) – казанский губернатор в 1906-1913 гг.
46. Копия письма казанского губернатора Стрижевского включена в то же дело. Л. 62–63. См. также: РГИА. Ф. 133. Оп. 201. Д. 185. Л. 38-39.

**И. А. Иванников,**

*доктор юридических наук, доктор политических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Южного федерального университета (Россия)*

## **НАУЧНАЯ И ОБЩЕСТВЕННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПРОФЕССОРА И. А. МАЛИНОВСКОГО В ПЕРИОД ЕГО ЖИЗНИ НА ЮГЕ РОССИИ**

Политический кризис в феврале – октябре 1917 года в России существенно изменил в стране форму государства, экономическую жизнь и культуру общества, коснулся судьбы каждого гражданина империи. Бурно развивалась русская политическая и правовая мысль. Однако вскоре ее развитие в самой России вскоре было прервано проводниками большевизма. И только лишь в период “перестройки” и в начале XXI века русские люди полкчили возможность ознакомиться с работами ученых русского зарубежья Н. Н. Алексеева, И. А. Ильина и других. В последние годы русские ученые проявили интерес к наследию Иоанникия Алексеевича Малиновского (1868 – 1932) – замечательного ученого, общественного деятеля и политика. Его творчеству уже посвящен несколько научных конференций [1]. В Национальном университете “Острожская академия” стали проводить “Малиновские чтения”. И. А. Малиновский родился в городе Острог (ныне город в составе Ровенской области Украины). И. А. Малиновский – выпускник юридического факультета Киевского императорского университета Св. Владимира, был профессором Томского, Варшавского и Донского университетов, крупнейшим специалистом по истории русского права, обычного права, а также оставил труды по уголовному, уголовно – исполнительному и другим отраслям права. В советское время он не только сидел в Ростовской тюрьме, отбывал наказание в Ивановских лагерях, но и успел стать академиком и потрудиться в Академии наук Украинской ССР.

Жизнь и научная деятельность И. А. Малиновского сильно изменилась с момента создания в России в 1905 году Конституционно – демократической партии (партии Народной Свободы). Он не только вступает в члены этой партии, но и становится пропагандистом ее идей, проявлял небывалую толерантность.

7 февраля 1913 года в Императорском Харьковском университете И. А. Малиновский защитил докторскую диссертацию и 16 марта 1913 года ему выдали диплом доктора государственного права.

7 октября 1913 года он назначен экстраординарным профессором Императорского Варшавского университета по кафедре истории русского права. С 14 июля 1914 года он является ординарным профессором Императорского Варшавского университета по кафедре истории русского права. Вследствие телеграммы товарища министра Народного просвещения от 14 марта 1917 года, уволен со службы.

В 1911 году за свою книгу “Кровная месть и смертная казнь” И. А. Малиновский привлекается к юридической ответственности по 129 статье Уголовного Уложения. Приговором Омского окружного суда от 27 сентября 1912 года был осужден и приговорен к месячному сроку тюремного заключения.

Подвергнувшись осуждению за эту книгу, И. А. Малиновский был в 1913 году направлен на работу в Варшавский университет, где был восторженно встречен студентами и профессурой.

Оказавшись в Варшаве, он правильно оценил политическую психологию поляков, их отношение к русским. Русские в Варшаве были нежелательны и считались завоевателями.

С эвакуацией Императорского Варшавского Университета в Ростов-на-Дону прибыло много известных в России профессоров.

Ростовский период его научно-педагогической деятельности совпал с кризисом политической власти в Российской империи и актуализацией проблемы формы Российского государства. 2 сентября 1917 года временное Правительство России объявило о том, что Россия по форме правления является республикой. И. А. Малиновский начинает писать брошюры, в которых прославляет республиканский строй в России. В Ростове – на – Дону были опубликованы его работы “Монархия и республика”, “Учредительное собрание”, “Партия Народной Свободы и революция”, “Ф. Ф. Кокошкин”. Он много публикует статей в газете “Приазовский край”.

Летом 1918 года, на основании приказа ректора от 7 июня, И. А. Малиновский уезжает в научную командировку по России и за рубеж [4; л. 1].

15 сентября декан юридического факультета Ф. Ф. Зигель (1845 – 1921) просит разрешить выделить И. А. Малиновскому 100 рублей авансом, чтобы приобрести новейшую политическую литературу для кабинета русского права, которая появилась после переворота. 30 сентября это ходатайство подписал ректор [4; л. 2].

В 1918 году в ростовском кооперативном издательстве “Единение” были опубликованы его “Лекции по истории русского права”, которые представляют прекрасное пособие по изучению истории русского права и методическое пособие по преподаванию этой юридических дисциплин. Когда в Ростове-на-Дону к власти пришел А. И. Деникин, начальником управления народного просвещения становится приятель Малиновского профессор Н. М. Малинин, который предложил ему пост своего заместителя.

Еще до взятия Ростова-на-Дону “красными”, И. А. Малиновский уезжает “в начале второй половины декабря” 1919 года в Царицын. Поездка была по делам издательского дела кооперативного товарищества “Единение”, председателем правления которого он состоял. Однако из-за боев, как он сам отмечал, “не удалось ни проехать в Царицын, ни вернуться назад в Ростов. После долгих скитаний я попал в самом конце декабря 1919 года в Екатеринодар, откуда предполагал при первой возможности выехать в Ростов” [4; л. 26]. Но проехать до Ростова было так же невозможно и И. А. Малиновский воспользовался приглашением экономического факультета Кубанского политехнического института почитать лекции. Ему предложили прочесть специальный курс лекции по истории государственного строя России (сам он позже писал, что читал лекции по истории Российского права). Об этом ему была выдана справка с печатью и за подписью декана экономического факультета от 1 апреля 1920 года [4; л. 25].

11 апреля 1920 года И. А. Малиновский возвращается из Екатеринодара в Ростов-на-Дону и приступил к работе в Донском университете.

3 мая И. А. Малиновский обратился с заявлением к Председателю Комитета Профессионального Союза Донского университета с просьбой выдать ему жалование и пайку [4; л. 27], которые ему не заплатили. 4 мая Местком профсоюза рассмотрел его заявление и посчитал возможным использовать Малиновского как специалиста. Однако, 6 мая в Местком профсоюза университета поступило заявление из Дончека, в котором отмечалось, что возможным использовать И. А. Малиновского как специалиста можно, “если на то будет получена санкция Дончека”. Но поскольку это решение месткома было принято до первомайской амнистии, то его нужно пересмотреть [4; л. 36]. Над ним нависла явная угроза потери работы и И. А. Малиновский это почувствовал. Уже на следующий день 7 мая 1920 года И. А. Малиновский написал письмо в “В Комитет Профессионального Союза служащих Донского университета”, в котором отмечал: “4 сего мая комитет принял постановление по поводу моего заявления от 14 минувшего апреля. Я вынужден заявить, что означенное постановление для меня не приемлемо, и выяснить, по каким основаниям.

1). Как преподаватель высшей школы, и деятель науки и просвещения, я считаю ниже своего достоинства обращаться по собственной инициативе в то учреждение, которое призвано надзирать за политической благонадежностью граждан, с просьбой разрешить мне заниматься моей профессиональной деятельностью.

2). Полагаю также, что не соответствует задачам и Профессионального Союза работников культуры и просвещения требовать санкций своим постановлением от постороннего учреждения, преследующего другие цели, ничего общего не имеющие с наукой и просвещением.

3). Полагаю, что принципиально недопустимо смешение политики с наукой и просвещением. Школа вообще и высшая школа в частности, должны стоять вне политики. В самые мрачные времена старого режима политика вторгалась в школу, и это причиняло громадный вред школьному делу. При новом строе нужно избежать этих ошибок прошлого.

4). Во всяком случае, в настоящий момент вопросы о политической благонадежности отпадают в виду объявленным Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом Советов амнистии.

5). Указывая на то, что недопустимо вмешательство политики в школьное дело и что в силу объявления амнистии отпадает и самый вопрос о политической благонадежности, я отнюдь не хочу во [спользо] ваться этим для того, чтобы скрыть от товарищей свои политические убеждения, раз комитет ими интересуется [4; л. 24].... Я всегда стоял и продолжаю неуклонно стоять на той точке зрения, что власть должна принадлежать народу, ибо такая власть в состоянии управлять государством в интересах народа, что труд лежит в основе общественной жизни, что недопустима эксплуатация привилегированным меньшинством массы трудового населения. Эту точку зрения я разрабатывал и

развивал в своих сочинениях, и на своих лекциях, докладах, статьях и т. п. С этой точки зрения идеи советской власти, как власти трудового народа, вполне соответствуют моим убеждениям. ... Но в то же время я открыто протестовал и при старом режиме и при новом советском строе против тех методов управления, которые противоречат моим убеждениям о народном благе, о свободе, о правах человека и гражданина, о справедливости: я протестовал против смертной казни, расстрелов, самовольных арестов, насилия и произвола, грабежей, разрушения культурных ценностей. Не я один протестовал. Протестовала вся интеллигенция. В частности, очень резко протестовал известный писатель Максим Горький [4; л. 25]... Я не могу не приветствовать отмены смертной казни советской властью теперь. Но я не мог протестовать раньше, когда так часто применялась смертная казнь.

В виду всего изложенного я прошу Комитет исключить в постановлении от 4 мая ... санкции Дончека. И. Малиновский.

7 мая 1920" [4; л. 25].

12 мая Местком профсоюза Донского университета направил И. о. ректора А. Евлахову письмо о том, что не видит "препятствий к допущению профессора Малиновского к чтению лекций с получением жалования" [4; л. 30]. Жалование и продовольственный паек решено было выдать с 14 апреля 1920 года, то есть с даты подачи заявления.

Однако такое решение профсоюза и ректората не устроило сотрудников Дончека. С 16 июня за И. А. Малиновским устанавливается негласное наблюдение, а 30 июня 1920 года он был арестован Донской Чрезвычайной Комиссией и заключен в тюрьму. Вскоре была арестована и его старшая дочь Мария Иоанникиевна Ходжаева. После ареста И. А. Малиновского ректор Донского университета профессор А. Евлахов лично написал Комиссару народного просвещения Луначарскому письмо, в котором сообщалось: "30 июня с. г. Донской Чрезвычайной Комиссией... арестован профессор Донского Университета И. А. Малиновский – один из лучших специалистов по истории политического и социального строя России и истории Западной России..." [4; л. 21].

Во время допроса в Дон ЧК о виновниках погромов в Ростове-на-Дону он смело заявил, что погромы, грабежи квартир и магазинов были при Советской власти и при непосредственном участии красноармейцев и части граждан, что революция в России, которую организовали большевики, не соответствует учению К. Маркса, который считал, что только крайнее развитие капитализма приведет к установлению социализма. По его мнению, "в России, где 80 % сельское население и где капитализм сделал первые робкие шаги" социализм не возможен.

И только многочисленные письма с просьбой освободить ни в чем не виновного ученого, его трудолюбие и честность спасли ему жизнь и привели к досрочному освобождению из мест лишения свободы после двух лет пребывания в лагере невдалеке от города Иванова. После освобождения из мест лишения свободы И. А. Малиновский работал в Академии наук Украины и занимался исследованием обычного права.

17 февраля 1926 года на имя ректора Донского университета из Всеукраинской академии наук пришло письмо, в котором содержалась просьба передать документы и книги бывшего профессора Варшавского и Донского университетов в 1913-1920 годы И. А. Малиновского, так как он теперь работает действительным академиком по кафедре обычного права Украинской академии наук. 26 февраля в адрес АН Украины были высланы: 1) копия формулярного списка; 2) диплом № 1190 доктора государственного права на имя И. А. Малиновского; 3) метрическое свидетельство № 3518 [4; л. 4].

По мнению И. А. Малиновского, "республика, именно демократическая республика как более совершенная форма государственного устройства. Нам, русским, в течение столетий, задохавшимся в тисках самодержавия, идеал политического совершенства рисуется в виде народоправства" [2; с. 5-6]. Почему республика? А потому, что, по мнению И. А. Малиновского, республика есть наиболее чистый вид народовластия. Когда народ решает задачу установить новую форму правления, то, по мнению И. А. Малиновского, он должен отдать предпочтение республике. И. А. Малиновский считал, что "Самодержавие несамобытный устой русской жизни, не искомое начало русской истории. Это явление историческое. При изменившихся условиях исторической жизни русского народа оно должно было сойти с исторической сцены и уступить свое место другому образу правления" [2; с. 13].

Малиновский, как либерал был убежден в эволюционном пути развития общества. В силу этого, абсолютная монархия в России должна быть заменена монархией ограниченной, а на смену ограниченной монархии должна прийти республиканская форма правления.



По его мнению, о республике в России мечтал еще император Александр I, многие декабристы и все революционеры второй половины XIX-начала XX века. Малиновский отмечал: “После опубликования манифеста 17 октября 1905 г. юридически, а после открытия заседаний Государственной Думы 27 апреля 1906 г. фактически, Россия сделалась конституционным государством в форме ограниченной монархии” [2; с. 17]. За 11 лет после установления в России ограниченной монархии народ увидел несовершенство монархической формы правления. Фактически сама жизнь выдвинула требования замены монархии республикой. “Если раньше, всего каких-нибудь 11-12 лет тому назад, установление республики было бы актом насилия над русским народом, над его политическими воззрениями и традициями, то теперь актом насилия над русским народом была бы реставрация монархии” [2; с. 25].

Еще ранее, VII Съезд партии Народной Свободы, по предложению ее лидера Ф. Ф. Кокошкина, принял резолюцию “Россия должна быть демократической парламентской республикой”. Эту форму правления члены партии собирались защищать в Учредительном Собрании. Наиболее совершенной формой народоправства, по мнению И. А. Малиновского следует считать “республику демократическую и парламентскую” [2; с. 29].

В современный период, когда в России иногда обсуждается вопрос о том, спасет ли страну монархическая форма правления, какой должна быть форма правления, идеи И. А. Малиновского о монархии и республике приобретают особую актуальность.

#### **Список использованных источников**

1. Наукова спадщина академіка О. О. Малиновського і сучасність. Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 4-5 грудня 2008 р. м. Рівне, Київ, 2010. – 232 с. ; Наукова, просвітницька, громадська та політична спадщина академіка І. Малиновського і сьогодення. Матеріали 1-го Міжнародного науково-практичного семінару 16 березня 2012 року, м. Острогож, 2012. – 224 с.
2. Малиновский И. А. Монархия и республика. – Ростов – на – Дону. –1917.
3. Государственный архив Ростовской области. Ф. 527; О. 1; Д. 429.
4. Государственный архив Ростовской области. Ф. 46; О. 3; Д. 471.

**В. А. Попелюшко,**

*доктор юридических наук, профессор, директор Института права имени И. Малиновского Национального университета "Острожская академия"*

## **ВОПРОСЫ СУДОПРОИЗВОДСТВА В РАБОТЕ И. МАЛИНОВСКОГО "УЧЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ ПО ЛИТОВСКОМУ СТАТУТУ"**

В постановлениях Литовских Статутов вопросы материального и процессуального права, в том числе права уголовного и уголовно-процессуального, были слиты воедино. Но в них уже нашли свое отражение взгляды на преступление не только с точки зрения частного лица, но и с точки зрения общественных интересов, что проявлялось в первую очередь, как полагал студент-выпускник 1892 г. Киевского университета И. Малиновский, в порядке возбуждения уголовного преследования, в оценке преступных деяний, в положении обвиняемого и потерпевшего перед уголовным правосудием.

Возбуждение уголовных исков (доводов "кгвалту", "злодейства" и т. п.), по общему правилу, принадлежало частным лицам. Новые же воззрения на преступление как на нарушение интересов всего общества требовали, чтобы возбуждение уголовного преследования принадлежало также государству, а поэтому осуществлялось его органами *ex officio*. Поэтому уголовное преследование особенно важных преступников Литовские Статуты уже вменяли в обязанность должностным лицам государственных органов. В их обязанность, в частности, входило уголовное преследование особенно важных преступников в случаях отсутствия частных обвинителей: например, муж убивает жену или жена убивает мужа, а дети или родственники отказываются от уголовного преследования убийцы, – на суд возлагается обязанность преследовать супруга убийцу; или, нет заинтересованного лица в преследовании матери, умертвившей своего незаконно рожденного ребенка: "а въ таковой речи вряды наши кгородские и местские, мають выведанье чинити и того постеригати, а дознаныхъ и правомъ переконаных карати" [1, с. 12; 117].

Уголовное преследование *ex officio* производилось также относительно политических ("ображение маестату и зрада речи посполитой"), военных (бѣгство с поля сражения), преступлений по судебной службе и против судебной власти (постановление неправосудного решения – "сказанъ неправная"), фальшивомонетничества ("фальшованье монеты"), незаконного взимания пошлины ("мыта"), ("без листа и без данины") и некоторых общих преступлений [1, с. 52-171]. Справедливый донос о готовящемся политическом преступлении, например, награждался, а ложный, наоборот, наказывался [1, с. 65-66].

Предварительное расследование ("шкрутыніум") или дознание ("выведанье") уголовных дел, возбужденных *ex officio*, возлагалось на возного [1, с. 131, 136,].

Считалось, что суд принадлежит королю. Высшим судебным органом, по уголовным делам об "ображенъ маестату", и иным государственным преступлениям, о лишении чести и некоторым другим, был "сеймъ великий вальный", производимый королем "с паны радами великого князства Литовского" [1, с. 65], – т. з. господарский суд. Для всей шляхты судом первой инстанции по уголовным делам был Замковый суд, а по другим делам – Земский. С 1581 г. Действовал "Главный Литовскій Трибуналь" как высшая апелляционная инстанция для всех областных судов. Замковый суд состоял из областного правителя (воеводы, старосты, "державцы"), его заместителя, замкового судьи и писаря. А обязанности земских судов исполняли судьи, подсудки и писари. Кроме того действовал суд вотчинный, который принадлежал шляхтичам-землевладельцам. Ему были подсудны все уголовные дела своих "подданныхъ", в том числе и некоторые из тех, за совершение которых предусматривалась смертная казнь. В крестьянском быту сохранялся еще так называемый "копный суд".

Судебному разбирательству уголовного дела частными лицами предшествовала подача иска. При этом требовалось соблюдение, под угрозой наложения денежного штрафа, правил подсудности, а также формы и содержания. В частности, в подаваемом в суд иске должны были излагаться одни только факты, без каких-либо оскорбительных для обвиняемого толкований этих фактов [1, с. 87-88].

Стороны приглашались в суд посредством особых повесток, которые назывались "позвами", или другими способами, – "черезъ заказъ", "заповѣдь", через возного. Неявка в суд по обвинению в

маловажних преступленнях влекла постановление заочного приговора, а по обвинению в иных преступлениях, в зависимости от их тяжести, к различным неблагоприятным для неявившегося обвиняемого последствиям. Например, за неявку после получения “позвоу” на суд по обвинению в преступлениях “за што горлом карають”, следовало выволяньє, – изгнание. Правда, обвиняемый в течении одного года шести недель мог попросить у короля “кклеить”, и по его получении явиться на суд [1, с. 88-89].

Призванный в суд шляхтич мог привести с собой шесть приятелей шляхтичей, и прокуратора (адвоката), нравственной обязанностью которого являлось употребление всех усилий для защиты интересов доверителя. За действия во вред доверителю, в зависимости от тяжести последствий, прокуратор подвергался различным дисциплинарным взысканиям вплоть до лишения, например, за представление суду подложного документа (“фальши”): прокуратор-шляхтич – чести, а прокуратор-нешляхтич – жизни посредством смертной казни [1, с. 90-94].

Оценка доказательств в суде являлась преимущественно формальной и к тому же покоилась на классовом (сословном) начале. Например, за умышленное убийство “человѣка простого стану” предусматривалась смертная казнь. Для предания смертной казни шляхтича за убийство простого человека закон требовал наличия многочисленных процессуальных условий. Для предания же смертной казни простого человека за то же преступление достаточно была ничтожная доля этих условий. Например, за убийство человека простого стану шляхтич предавался смертной казни при наличии следующих условий: преступник должен быть пойман на месте преступления (“на горячомъ учинку”), истец должен был присягнуть на суде с шестью свидетелями, среди которых должны быть два шляхтича. Отсутствие одного из этих условий освобождало шляхтича от смертной казни. Шляхтич же, убивший простого человека, но не пойманный на месте преступления, уплачивал только головщину. Если в числе свидетелей не было шляхтичей, то истец мог присягнуть с тремя нешляхтичами. Но доказательства в этом случае считались неполными, и убийца-шляхтич, даже пойманный на месте преступления, избегал личного наказания, а только уплачивал головщину [1, с. 114].

Или, шляхтич, обвиняемый в разбое простым человеком, подвергался смертной казни только в том случае, если он был схвачен на месте преступления (“на томъ разбою з лицомъ пойманъ”) и если истец присягал “сам и 7” (с тремя шляхтичами и четырьмя нешляхтичами). Если истец не мог представить требуемого числа свидетелей, то обвиняемый мог “3 отъ того розбою отприсягнути”, и таким образом освободиться от всякой ответственности [1, с. 136].

Литовские Статуты при доказывании тех или иных видов преступлений придавали разным доказательствам разную силу, что влекло различие в преступности деяния и в наказуемости виновных. Например, кража, доказанная посредством поличного, считалась деянием более преступным, а поэтому облагалась более строгим наказанием, нежели кража, доказанная другими процессуальными средствами [1, с. 147].

Другими процессуальными средствами как доказательствами при краже служили: “лицо” – украденная, отысканная и представленная на суд вещь; “слушная причина” или “слушный знак” либо “слушный доводъ” – все другие основательные доказательства, кроме “лица”, например, показания свидетелей, имеющие какие-либо веские основания считать “обвиняемого” “злодеемъ”; “поволанья” – оговоры в злодействе, в том числе записанные в так называемых “чорных книгах”, находившихся при каждом “врядѣ” [1, с. 149-150].

“Лицо” могло быть отыскано посредством: а) поимки преступника на месте преступления (“на горячомъ учинку”); б) посредством обыска; в) посредством “гонения следомъ”. Преступник мог быть пойман во время совершения преступления – “на горячомъ учинку” или после совершения преступления, – “на дорозе”. Обыск украденной вещи в чьем-либо доме производился в присутствии возного и понятых – “людей сторонних веры годныхъ”. “Гонение следомъ” называлось в Литовских Статутах “давнымъ обычаемъ” и соответствовало тому же понятию Русской Правды [1, с. 150].

Обвиняемые в краже делились на: а) “злодеевъ приличныхъ, лицованныхъ”; б) людей “подозренныхъ” и в) людей “неподозренныхъ”.

“Злодей”, пойманный “съ лицомъ” и представленный на суде, назывался “лицованнымъ” или “приличнымъ злодеемъ”. Это название оставалось навсегда. В случае вторичного обвинения в краже, суд иначе относился к такому “приличному злодею” нежели к другим обвиняемым.

Человек, привлекавшийся уже к ответственности за кражу и плативший денежные штрафы, как вознаграждения потерпевшему, но неуличенный в краже и не несший уголовного наказания, и человек, “оговоренный околицей” или записанный в “чорных книгахъ”, назывался “подозренным человекомъ”.

“Неподозренные люди” – это люди, достойные веры. Они не только никогда не подвергались наказанию за кражу, но даже никогда не были обвинены в краже, на них никогда не падала тень подозрения.

Указанные классы подсудимых, виды доказательств и способы отыскания украденной вещи в каждом отдельном случае различным образом комбинировались. В зависимости от этого сочетания доказательств и положения подсудимого перед уголовным судом каждый иск о краже получал особую окраску и приводил к различным последствиям.

Так, при существовании “лица”:

Вор пойман с “лицом”, представлен на суд и “правомъ переконанъ”. В этом случае преступление вполне доказано и преступник подвергается уголовному наказанию.

“Лицо” отыскано и представлено на суд, но человек, у которого “лицо” найдено, ссылается на то обстоятельство, что найденная у него вещь куплена им, а не украдена. Происходит “зводъ”. Обвиняемый представляет на суд человека, у которого он купил краденую вещь – “зводцу”. Представивший “зводцу” освобождается от уголовной ответственности за кражу, но теряет деньги, уплачивая их за вещь, оказавшуюся краденной. Первый “зводца” может представить суду второго “зводцу”, т. е. человека, продавшего ему краденную вещь и т. д. Каждый “зводца” уплачивает “вряду” выкуп за “лицо”, и сам получает от заместителя своего на “зводе” навязку. Последний “зводца”, если докажет “свидетельствомъ”, что спорная вещь принадлежит ему или докажет “выписомъ вряду”, что вещь действительно куплена им, хотя он не может представить продавца на суде, освобождается от ответственности. Если же последний “зводца” не оправдает себя, то подвергается смертной казни.

Следует отметить, что Литовские Статуты содержали постановления о том, что купля-продажа должна была записана в “книги вряду”, что при “зводе” могло служить доказательством невинности владельца краденной вещи.

На доказательства истца, что спорная вещь у него украдена, ответчик мог со своей стороны представить доказательства, что спорная вещь, напротив, принадлежит ему (“мениль коня або вола своимъ доморослымъ або речъ дома уробленую”). При равенстве доказательств, если при этом обвиняемый “человекъ неподозренный”, суд принимал сторону последнего, опираясь на принцип: “въ речахъ вонтливыхъ (сомнительных, неизвестных – В. П.) склоннеши маеть быти к вызвольенью нижели ку каранью”.

Не всегда нахождение украденной вещи в чьем-либо доме могло служить основанием даже для привлечения к уголовной ответственности хозяина дома.

В случае, если “лицо” заставляли дома и жена и дети знали, что “лицо” краденное и пользовались им, хозяин дома как “злодей” предавался смертной казни, а жена и дети “повинны будут ту шкоду платити” [2, III, XIV, 23].

Если же из той обстановки, при которой найдена украденная вещь у кого-нибудь в доме, на гумне, во дворе можно было заключить, что вещь подброшена, то хозяин дома, “человек неподозренный”, не подлежал ответственности за кражу, а для “человека подозреваемого” это было равносильно: “поволяню” – шляхтича за четвертым разом, нешляхтича за третьим разом – смертной казни (III, XIV, 15).

При отыскании “лица”:

“Гонение следомъ в какой кольвекъ шкоде покраденной”.

Село или дом, куда приведет след, могли отвести след от себя “до границы куда тот следъ поидеть”. В таком случае “гонение следом” продолжается. Но если “тое село, до которого следъ приведетъ отъ себе следу не вывели, або отъ следу отбили, або выгнавши быдломъ затоптали”, то в присутствии возного и понятых истец приносил присягу, что у него украдено, копа оценивала стоимость украденного, после этого село должно “шкоду заплатити” (“а собе винного искати”) [III, XIV, 9].

Если “лицо” находили при обыске, производимом возным с участием понятых в чьем-либо доме, то “лицо” и “человѣкъ”, которого при лице застали”, представлялись на суд “и тамъ далей по праву поступати”.

Но если кто в своем доме обыска не допустил, то “повинен стороне жалобной всю шкоду платити водле доводу або присеги” [III, XIV, 5].

Поймка “злодея с лицомъ”

“Слуга и подьяный” найман с украденной вещью” на кгрунте пана того человека”. Потерпевший просит у пана “справедливости”. Если пан не удовлетворяет просителя, не учиняет суда над своим слугой, то дело переносится в общий суд (“до вряду нашего суду належного”), куда призываются пан и слуга.



При существовании “знаковъ злодейскихъ” (слушной причины) судьба обвиняемого зависела от положения подсудимого перед уголовным судом:

Если знаки злодейские “пописаны” на человека неподозренного, “таковый человекъ бы и добре знаки слушные на него были пописаны, не мает на муку выдан быть”. Дело в данном случае ограничивалось тем, что истец доказывал, что вещь спорная принадлежит ему и у него украдена, а обвиняемый лишь возмещал “всю škodu”.

При существовании “знаковъ злодейскихъ” на “человека подозреного” – “тотъ человекъ маеть на муку выданъ и мучанъ одинъ разъ”. Если “мука” приводила к сознанию в краже, то подвергавшийся пытке предавался смертной казни. В противном случае подвергавшийся пытке получал навязку от истца (возмещение морального вреда – по соврем.).

Этот второй случай относился лишь к “людямъ” простого стану. Обвинение шляхтича “сушной причиной” приравнялось к обвинению “кроме слушной причины”.

Обвинение “о злодействе без лица и кромъ слушное причины”.

Первое обвинение шляхтича “безъ лица и кромъ слушное причины” не только “почтивости и доброй славе его ничто škodити не маеть”, – но, напротив, обвинитель “повинень будет того шляхтича неvezати, яко бы его зранил и там же на замку або в дворе нашемъ сидети 12 недель, естли-бы тотъ жалобникъ былъ самъ шляхтичъ, а простого стану человекъ маеть за то у стовпа быть быти обволываючи тотъ его выступъ”.

“Врадникъ-шляхтич за первым “поволаньем” от злодеевъ”, осужденных на смертную казнь, “маеть стороне škodu платити”, а за вторым обвинением “маеть сказанъ быти насмерть, яко злодей”.

Если бы шляхтич, “не маючи ни которыхъ слушныхъ знаковъ”, обвинил в краже “неподозренного человека простого стану”, то за первым обвинением может или отприсягнуться “3”, или “škodu” уплатить”; а за вторым обвинением “маеть быти поконанъ водле права и присяги яко злодей”.

Обвинение в краже может падать на целое село, если потерпевший не знает, кто именно украл. В этом случае “3 мужа изъ села должны присягнуть, яко в томъ селе škodника его не ведают, а сами škodниками не суть”. Если присяга не будет принесена, то “оное село всю ту škodu всю тому škodнику мають платити а себе злодея искати”.

“Злодей приличный”, обвиняемый в карже “без лица” и “безъ слушной причины”, подвергается троекратной пытке в один день.

Сознание на пытке ведет к применению уголовного наказания как к “злодею правом поконаному”. Если же пытка к сознанию не приведет, то истец уплачивает “навязку” за “муки”, за изувечение – “польчеловека”, за причинение смерти на пытке – головщину. При этом приводится то соображение, что пытаемый может обладать “чарами” и что пытка такого человека не может привести к сознанию. В этом случае пытаемый не получает навязки за “муки”, а сам еще должен вознаградить истца за “škody”.

Таковы процессуальные особенности иска о “злодействе”. Свои процессуальные особенности имел уголовный иск, его доказательственная база и процесс доказывания для каждого, или почти для каждого вида преступлений, предусмотренных Литовскими Статутами, главным образом потому, что их уголовно-правовые нормы и уголовно-процессуальные нормы ещё составляли органическое единство.

И ещё. И. Малиновский подчеркивает и такую, *sund* инквизиционную черту Литовских Статутов. Преступление может быть не доказано, истинный преступник может быть не отыскан. Тем не менее лица, замешанные в процессе отыскания истинного преступника, подвергаются той или иной ответственности – уплачивают “škodu” потерпевшему, подвергаются пытке или даже смертной казни. Эта ответственность не есть уголовное наказание. Пытки – судебное средство а не наказание. Смертная казнь для неоднократно поволанных – тоже не уголовное наказание. Преступление не доказано, доказана преступность данного лица вообще, доказано, “выражаясь термином Московского законодательства, что преступник – “лихой человек”, смертная казнь в данном случае, – средство избавления от “лихих людей” [1, с. 156-157].

#### Список использованных источников:

1. І. Малиновскій. Учение о преступлении по Литовскому Статуту. – Киев., 1984. – 243 с.
2. Статутъ Великого Князства Литовскаго 1588 года. – Москва; Въ Университетской Типографіи. – 1854. – 382 с.

**И. А. Сороковик,**

*доцент кафедры теории и истории государства и права Академии управления при Президенте Республики Беларусь (Беларусь)*

### **МАЛИНОВСКИЙ И. А. И ЕГО НЕКОТОРЫЕ НАУЧНО-ПРАВОВЫЕ ВЗГЛЯДЫ О ВЕЛИКОМ КНЯЖЕСТВЕ ЛИТОВСКОМ**

В своей научной деятельности И. А. Малиновский особое внимание уделял изучению проблемы генезиса права, начиная с раннего средневековья, а также в период становления и развития Великого княжества Литовского, отдельных институтов ВКЛ, в частности, паны-рады.

Профессиональным исследованием права восточных славян в раннем Средневековье занималось во время его жизни ряд известнейших ученых. Все они называли этот исторический период древним. Один из них, А. Е. Пресняков, в работе “Княжное право в Древней Руси” правильно отмечал, что нельзя с позиций новейшего времени подходить к выяснению возникновения права давно прошедшей культурно-исторической эпохи [1, с. 7].

Этой же позиции придерживался и И. А. Малиновский, который в 1918 г. издал капитальную работу “Лекции по истории русского права”, а в следующем году – “Древности русского права”, как сокращенную копию первой. Анализируя предмет истории русского права, задачи и литературу по теме, автор основное внимание концентрирует на рассмотрении источников истории русского права. И здесь заслуга его в том, что он одним из первых исследователей подчеркивает необходимость в курсе этой истории, как составную часть, включать и историю западнорусского права. При этом он ссылается на Ф. И. Леонтовича, который еще в 60-х гг. XIX ст. это предложение озвучил, но такому пожеланию никто из исследователей не последовал, хотя и не противоречил [2, с. II].

Заслуживает внимания и его положение о том, что изучение истории права необходимо тесно увязывать с историей народа вообще. И подтверждает свою мысль тем, что отдельным историкам (Ключевскому, Милюкову, Семеvскому) принадлежат ценные труды по истории права [2, с. 11]. К слову, сегодня такой же мысли придерживается и ведущий исследователь Беларуси по истории права Т. И. Довнар [3, с. 19].

В работе “Древности русского права” автор дает определение таким понятиям, как “обычай” и “закон”. Где люди живут общностями, там существует право, считает он. И определяет две важнейшие формы права: древний обычай и новейший закон. Законом называет акт определенной законодательной власти, изданный в определенном законодательном порядке, который включает четыре элемента: законодательную инициативу, обсуждение закона, санкцию закона и обнародование закона [4, с. 3].

Сравнивая определение обычного права, данного В. И. Сергеевичам и М. Ф. Владимирским-Будановым, он соглашается с последним, поскольку обычай у В. И. Сергеевича “идет не от общего, а от индивидуального убеждения, но становится более или менее общим... обычай возникает из индивидуального усмотрения”. И. А. Малиновский ж считал, что в основе права, как свидетельствует история права, “не может лежать произвол или усмотрение отдельного лица, то есть нечто случайное. Очевидно, в основе права лежит что-то общее, свойственное всем людям” [4, 71, с. 4].

С теорией М. Ф. Владимирского-Буданова он соглашается, поскольку она подтверждается историей права. В ней у различных народов встречаются подобные, даже тождественные черты, основные нормы права одинаковы для всего человечества. И это объясняется тем, что первооснова права – человеческая природа, подчиненная одинаковым физическим и моральным законам. Здесь его взгляды близки по сути с мыслями И. Б. Раковецкого [5, с. 31].

Тем не менее, И. А. Малиновский отмечает, что обе теории схожи в том, что подчеркивают одну и ту же характерную черту обычного права: оно не есть акт деятельности определенного законодателя, это – результат народного творчества. В подтверждение приводит слова В. И. Сергеевича: “Обычай не имеет личного происхождения, он безличен в противоположность закону, который всегда издается определенным законодателем: обычай выходит из народа, как безличной массы; все так думают, все так поступают” [4, с. 5].

Занимаясь вопросом о том, кто творец обычаев и каким образом они создавались, И. А. Малиновский приходит к заключению: где нет возможности дать не подлежащий сомнению ответ, там возможны более или менее правдоподобные гипотезы [2, с. 11]. На его взгляд, обычаи выражались в разных формах: действиях, символах, пословицах, поговорках, песнях [4, с. 9]. Их господство наблюдалось даже к XIV ст. Затем происходила их медленная, постепенная замена законами, которые сначала были устными, а с развитием христианства – письменными, которые назывались “грамотами” (от греческого – письмена). По нему, для обычного права характерны такие черты, как разнообразие для каждого народа, племени, а также отсутствие точной, ясной и полной формулировки. Однако со временем эти черты обычного права становятся тормозом, так как в новых условиях нужны были однообразные и точно сформулированные юридические нормы. Эту потребность удовлетворяет законодатель [4, с. 6, 8].

И. А. Малиновский один из тех авторов, который в своих трудах развитие истории права рассматривал на примере народов Великого княжества Литовского. Как в “Лекциях по истории русского права”, так и в “Древностях русского права” свои положения он подкрепляет фактологическим материалом из истории Белорусско-Литовского государства – ВКЛ: привилеями, грамотами, Судебником Казимира Ягайловича, Статутами ВКЛ. В частности, важно его положение о том, что право восточных славян подверглось рецепции византийского права через церковные уставы православной церкви [2, с. 29]. Он установил дифференциацию привилеев великих князей литовских, поделив их на привилеи жалованные или подтверждающие (на имущество, должность, сбор пошлины и т. д.), льготные (освобожденные от общих обязанностей) и охранительные [4, с. 35].

Анализируя источники Статутов ВКЛ, И. А. Малиновский приходит к заключению, что основным источником для них стало “русское право”, под которым понимал и “западнорусское право”, затем польское, римское и немецкое. Последнее особенно чувствуется в III Статуте [2, с. 45-46].

Рассматривая историю развития русского права, актуально и ныне его мнение о том, что к началу XV ст. существовал период отдельных земель; “не было еще одного русского государства, было несколько самостоятельных государств, которые назывались “землями”, или княжениями, реже волостями”. Второй период – к началу XVIII ст.; он называет периодом двух русских государств – Великого княжества Московского и Великого княжества Литовского [2, с. 69-70].

И. А. Малиновский считает, что и после прихода варягов эти земли, в их числе и Полоцкая земля, сохранили свою независимость. Однако, на его взгляд, одновременно появляются внешние связи. Им содействовали плата дани Киевскому княжеству, участие в общих походах и родство князей. И тут же подчеркивает: “Русская земля” – это не политическая единица, это единица идеальная; в действительности, было несколько земель, но все они объединены национальной связью, а потому в представлении летописца составляют одну русскую землю. Следовало ожидать за сознанием национального единства единство политическое. Но этого не случилось” [2, с. 72]. Причину такого положения автор видит прежде всего в падении роли Киева, вызванного междоусобицами, набегами кочевых племен, миграцией из-за этого населения на запад и восток. Южная Русь пустеет, падает земледелие, торговля. Татарское нашествие завершила то, что началось ранее – таков ход размышлений ученого.

Причины создания Великого княжества Литовского И. А. Малиновский видит в том, что существовало осознание населением национального единства, а также внешний толчок – необходимость борьбы с внешними врагами – татарами и немцами. Вождями выступили литовские князя, которые владели большим военным талантом [2, с. 74-75].

Важно его заключение о том, что Великое княжество Литовское является естественным продолжением дальнейшего развития государственно-правовых норм Киевской Руси. При этом он исходил из того размышления, что существуют закономерные эволюционные, а не революционные перемены государственных структур и права в соответствии с потребностями постепенного развития.

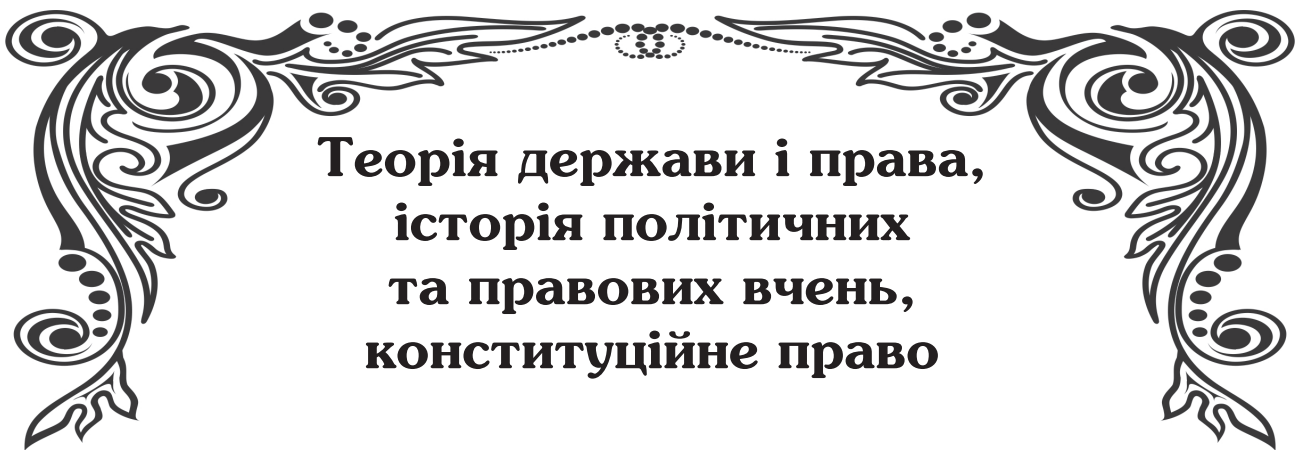
Вызывают интерес и другие научные труды И. А. Малиновского: по уголовному праву ВКЛ (“Учения о преступлении по Литовскому статуту”), о высших органах власти и управления Княжества “Рада Великого княжества Литовского в связи с Боярского Думой древней России” и др. В них он показал себя профессиональной творческой научной личностью, для которого научная истина – прежде всего.

Положения И. А. Малиновского широко используются и ныне в учебном процессе высшей школы Беларуси. Мы благодарны ему за то внимание, которое он оказал, рассматривая историю развития права и отдельных государственных институтов на отечественной территории.

**Список использованных источников:**

1. Пресняков А. Е. Княжное право в Древней Руси / А. Е. Пресняков. – М. : Наука, 1993. – 634 с.
2. Малиновский И. А. Лекции по истории русского права / И. А. Малиновский. – Ростов на-Дону: Изд. кооперативного т-ва. “Единение”, 1918. – 488 с.
3. Довнар Т. И. Историко-правовая наука Беларуси: проблемы и перспективы / Т. И. Довнар // Право и демократия. – Минск: БГУ, 2009. – С. 5 – 31.
4. Малиновский И. А. Древности русского права / И. А. Малиновский. – Ростов на-Дону: Изд. Кооперативного тов. “Единение”, 1919. – 51 с.
5. Юхо И. История юридической науки Беларуси / И. Юхо, С. Сокол. – Минск: Бел. негос. ин-т правоведения, 2000. – 95 с.





**Теорія держави і права,  
історія політичних  
та правових вчень,  
конституційне право**

**Теория государства и права,  
история политических  
и правовых учений,  
конституционное право**



**Theory of law, history of political  
and legal doctrines,  
constitutional law**

**А. С. Бакун,**

*преподаватель кафедры теории и истории государства и права, магистр юридических наук, Академия управления при Президенте Республики Беларусь (Беларусь)*

## **НЕПОСРЕДСТВЕННЫЕ И ОПОСРЕДОВАННЫЕ КОЛЛЕКТИВНЫЕ ПРАВОМОЧИЯ СВОБОДЫ ВЕРОИСПОВЕДАНИЯ**

Коллективные права свободы вероисповедания нельзя рассматривать как сумму индивидуальных прав граждан, входящих в ту или иную организацию мировоззренческой направленности. Их содержание определяется целями и интересами организации, которые, в свою очередь служат интересам отдельной личности [1, с. 34]. Как справедливо указывает Е. А. Лукашева: “Если коллективные права ведут к ущемлению прав отдельного человека, значит, цели, объединяющие такую общность, антигуманны и противоправны. Поэтому коллективные права не могут ранжироваться выше индивидуальных прав, а должны находиться с ними в гармонии, проверятся ими на “качество” [2, с. 37]. Такое разделение не является искусственным. Оно позволяет глубже уяснить специфику и суть правомочий, которые должен гарантировать закон применительно к свободе вероисповедания.

Все коллективные правомочия свободы вероисповедания необходимо делить на две группы: непосредственные – правомочия индивида, которые могут реализоваться только совместно с другими индивидами, и опосредованные – правомочия религиозных организаций, то есть перечень таких правомочий, которые осуществляют религиозные организации в целях максимально возможной реализации свободы вероисповедания индивидами совместно.

К непосредственным коллективным правомочиям свободы вероисповедания относится право создавать религиозные организации и другие религиозные институты со статусом юридического лица и без статуса юридического лица. В свою очередь, они делятся на легальные и нелегальные религиозные организации в зависимости от того, разрешены они законом либо запрещены. Так, право создавать религиозные организации в качестве коллективного правомочия называют Е. В. Шевелева, А. Шайо, А. В. Пчелинцев. По мнению Е. В. Шевелевой, коллективные права и свободы, составляющие комплексное субъективное конституционное право на свободу вероисповедания, связаны со свободой лиц, исповедующих определенную религию, создавать различные религиозные объединения, участвовать в их деятельности, то есть реализовывать коллективный аспект свободы вероисповедания [3, с. 145]. А. Шайо полагает, что для большинства религий это является необходимым элементом, поскольку суть исповедания религии заключается в том, чтобы делать это в рамках организованной общины. Соответственно, свобода вероисповедания включает в себя также свободу создания церквей и религиозных общин, равно как и свободу деятельности уже существующих церквей и общин [4, с. 96]. А. В. Пчелинцев к коллективным (совместным) правомочиям относит право на свободу объединения в религиозные или иные организации, образуемые по мировоззренческому выбору, которые могут быть зарегистрированы в установленном порядке в едином государственном реестре юридических лиц [1, с. 35].

Коллективные правомочия свободы вероисповедания представлены правомочиями религиозных организаций, религиозных обществ, а также незарегистрированных религиозных групп, однако большинство ученых анализируют только правомочия религиозных организаций, зачастую отождествляя их с коллективными правомочиями. Именно коллективные правомочия, реализуемые в рамках религиозной организации, в наибольшей степени зависят от правового регулирования государства, которое в своем законодательстве регламентирует порядок создания, деятельности и ликвидации религиозных организаций. Полагаем, что правомочия религиозных организаций ни что иное как опосредованные коллективные правомочия свободы вероисповедания.

Признавая несомненный вклад ученых в разработку коллективных правомочий, следует отметить, что для большинства из них коллективные правомочия свободы вероисповедания отождествляются с правомочиями религиозных организаций, то есть с их правоспособностью. Однако принципиальным здесь является тезис о том, что коллективные правомочия являются разновидностью прав человека, то есть они вытекают из индивидуальных правомочий, производны от них, однако их реализация осу-

ществляется религиозными организациями. Соответственно, коллективные правомочия необходимо делить на две группы: непосредственные – правомочия индивида, которые могут реализоваться только совместно с другими индивидами, и опосредованные – правомочия религиозных организаций, то есть перечень таких правомочий, которые реализуют религиозные организации в целях максимально возможной реализации свободы вероисповедания индивидами совместно.

Полагаем, что к непосредственным коллективным правомочиям относится право создавать религиозные организации и другие религиозные институты (духовные семинарии и др.) со статусом юридического лица – легальные и без статуса юридического лица – разрешенные законом либо запрещенные. Последние, в свою очередь, признаются нелегальными. Соответственно, закономерно наступление неблагоприятных юридических последствий, объем которых предусмотрен законодательством конкретного государства в конкретный исторический период.

В свою очередь опосредованные коллективные правомочия представляются правомочиями религиозных организаций. Опосредованные коллективные правомочия включают в себя целевые, то есть обусловленные целью создания таких юридических лиц, как религиозные организации, нецелевые (специально-юридические), то есть свойственные религиозным организациям, как и любому юридическому лицу, и конституционно-публичные. Последние правомочия являются специфическими для юридического лица, так как выводят его из частноправовой в публично-правовую сферу. Это еще раз подчеркивает специфичность статуса религиозных организаций как субъектов реализации свободы вероисповедания.

#### **Список использованных источников:**

1. Пчелинцев А. В. Свобода религии и права верующих в современной России / А. В. Пчелинцев. – М. : Юриспруденция, 2007. – 392 с.
2. Права человека и процессы глобализации современного мира / М. М. Бринчук и др. ; отв. ред. Е. А. Лукашева. – М. : Норма, 2005. – 464 с.
3. Шевелева Е. В. Конституционно-правовое содержание института свободы вероисповедания в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Е. В. Шевелева. – Ростов н/Д., 2006. – 211 с.
4. Конституционные права в России: дела и решения: учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. – М. : Институт права и публичной политики, 2002. – 750 с.

**Ю. Ю. Вацик,**

*магістрант Національного університету “Острозька академія”*

## **КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ФУНКЦІЇ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ**

Ідея здійснення президентом функції із забезпечення єдності державної влади не нова для конституційно-правової практики держав із змішаною формою правління. У текстах конституцій відповідних держав знайшли відображення синонімічні за змістом до терміну “функція забезпечення єдності державної влади” правові конструкції, хоча не завжди посилення на цю функцію прямо фіксуються в основному законі. Так, у Португалії Президент забезпечує нормальне функціонування демократичних інститутів (ст. 120 Конституції Португалії [5; с. 547]), у Румунії – належне функціонування “публічних влад” і є посередником між державними “владами” та між державою і суспільством (ст. 80 Конституції Румунії [7]). В основних законах пострадянських республік містяться подібні положення: у Білорусії Президент забезпечує наступництво і взаємодію органів державної влади, здійснює посередництво між органами державної влади, державою і суспільством (ст. 79 Конституції Республіки Білорусь [6; с. 231]), у Казахстані – узгоджене функціонування усіх сфер державної влади і відповідальність органів влади перед народом (ст. 40 Конституції Республіки Казахстан [4; с. 428]), у Росії – узгоджене функціонування і взаємодію органів державної влади (ст. 80 Конституції Російської Федерації [9; с. 281]).

Прямої вказівки на виконання Президентом України функції із забезпечення єдності державної влади Конституція України, на жаль, не містить. Не містить і вона норм, що забороняють Президентіві України координувати, збалансовувати і урівноважувати діяльність органів державної влади задля досягнення спільних завдань. Опосередковано на функцію Президента України із забезпечення єдності державної влади вказує положення ст. 102 Конституції України, яке гласить: “Президент України є гарантом... додержання Конституції України” [10], а також той факт, що Глава держави обирається всім народом України, і це зобов’язує його діяти в інтересах певних політичних сил чи соціальних верств, а в інтересах всього народу [15; с. 147]. Цитоване конституційне положення вказує те, що функціонування інституту президента в Україні спрямовано на гарантування додержання Конституції України у рамках забезпечення інтересів українського народу, що співпадають із завданнями держави України в цілому.

Як зазначають С. Серьогіна [14; с. 10], Р. Мартинюк [12; с. 146], Ю. Фрицький [16; с. 294] функція забезпечення єдності державної влади поділяється на наступні складові: координація діяльності всіх гілок влади; врівноважування гілок влади, створення балансу сил; припинення дій органів, які порушують єдність влади. Однак, до числа вищезазначених складових функції глави держави із забезпечення єдності державної влади логічно було б віднести здійснення президентом арбітражу чи посередництва при вирішенні компетенційних спорів. Здійснення президентом арбітражу чи посередництва є окремим напрямком діяльності глави держави, що здійснюється в рамках принципу єдності державної влади з метою забезпечення узгодженого і стабільного функціонування механізму державної влади.

У той же час ряд науковців заперечують саму ідею здійснення президентом ролі арбітра. Так, на думку відомого французького вченого М. Дюверже, серед конституційно встановлених повноважень президента немає таких, які б відповідали загальному поняттю арбітражу [17; с. 231]. Також Н. Жук вважає, що концепція президентського арбітражу суперечить і суті поділу влади: рівновага її гілок повинна забезпечуватися ними шляхом взаємообмежень, взаємостимування і пошуку компромісу, а, отже, не передбачає необхідності втручання посередника [2; с. 109]. Проте з даними твердженнями слід не погодитися, оскільки за своєю суттю змішана республіка передбачає наявність інституту державної влади, до сфери компетенції якого входить функція сприяння вирішенню конфліктних ситуацій між гілками державної влади. Цю роль покладено на главу держави.

Суть функції політичного арбітражу тлумачать у контексті того, що президент за згодою інших державних органів (насамперед парламенту та уряду) мав би вирішувати спори між ними, не втручаючись у здійснення повноважень, діючи у ролі арбітра (“посередника”, “регулятора”) лише тоді, коли виникає кризова ситуація. Політичний арбітраж розглядається не лише як можливість (“коли просять”), але й



як обов'язок глави держави втручатися у колізію між різними інститутами влади, а також у випадку явного виходу будь-якого державного інституту за рамки конституції (тут значення арбітра близьке до значення гаранта) застосувати свої верховні повноваження [11; с. 34]. Виконання президентом у рамках змішаної форми функції політичного арбітражу обґрунтовують у зв'язку із закріпленням ст. 5 Конституції Франції положенням, згідно з яким президент “забезпечує своїм арбітражем нормальне функціонування публічних властей і наступництво держави” [8; с. 781].

Проте слід розмежовувати роль глави держави як арбітра і як посередника. При вирішенні спору президент як арбітр приймає рішення на користь однієї з конфліктуючих сторін і реалізує прийняте рішення шляхом застосування передбачених конституцією повноважень. Так, у випадку конфлікту між парламентом і урядом президент може за виникнення відповідних умов достроково припинити повноваження парламенту чи уряду залежно від тієї позиції, яку він займе при вирішенні конфлікту. При вирішенні конфлікту в ролі арбітра перед президентом постає питання якими критеріями чи підставами повинен він керуватися при визначенні “переможця”? Чи повинен глава держави прийняти позицію сторони, яка “права”? Чи вирішувати спір з міркувань більш кращого варіанту для забезпечення нормального функціонування механізму державної влади? Очевидно, що при вирішенні спору між гілками державної влади президент повинен знайти спосіб найбільш ефективного захисту інтересів держав.

Посередництво ж передбачає пошук консенсусу і у цьому аспекті глава держави повинен виступати як незалежний суб'єкт, який допомагає знайти варіант, який влаштує обидві сторони. Президент на виконання ролі посередника може ініціювати переговори між урядом і парламентом та бере активну участь у їх проведенні. Ефективність переговорів залежить від реальних можливостей вплинути на конфліктуючі сторони у разі їх неспроможності вирішити спір “мирним шляхом”. Якщо ж консенсус так і не буде досягнутий президент повинен виступити як в ролі арбітра і вирішити спір на користь одного з учасників. Наглядним прикладом згаданої вище ситуації є ст. 89 Конституції Румунії, яка передбачає, що після консультацій з головами обох Палат і лідерами парламентських груп Президент Румунії може розпустити Парламент, якщо він не виражає вотум довіри, необхідний для формування Уряду в 60-денний строк після першої пропозиції і тільки після відхилення двох пропозицій про інвеституру прем'єр-міністра [7].

Посередництво і арбітраж повинен здійснюватися главою держави незалежно від того, чи про це просять сторони конфлікту, тобто гілки державної влади. Президент в умовах змішаної республіки зобов'язаний забезпечувати єдність державної влади і як наслідок, ініціювати процедури вирішення спору повинен, у першу чергу, глава держави. У даному ж випадку ми стикаємося з проблемою розмитого закріплення як самого арбітражу, так і функції глави держави із забезпечення єдності державної влади в конституційних текстах сучасних держав. Як уже згадувалося, у конституціях фіксуються загальні положення про виконання президентом ролі арбітра чи забезпечення нормального функціонування механізму державної влади без визначеного наповнення їх відповідними повноваженнями президента і процедурами здійснення арбітражу. Даний факт може бути пояснений тим, що президент повинен бути вільним у виборі методів вирішення спору між гілками державної влади і залежно від ситуації повинен приймати найбільш оптимальне рішення з міркувань забезпечення єдності державної влади.

Деякі науковці, зокрема В. Медведчук, В. Шатіло, Ю. Тодика, помилково ототожнюють функцію забезпечення єдності державної влади з функцією політичного арбітражу. Так, Ю. Тодика зазначає: “гарантування незалежності і територіальної цілісності України, прав і свобод людини і громадянина полягає у тому, щоби забезпечити функціонування державного механізму України не в конфронтаційному, а у консенсуальному режимі. Мова йде про “арбітражну функцію” Президента” [15; с. 175]. В. Медведчук вказує, що Президент України, який є главою держави і гарантом Конституції, у протиріччя які можуть виникнути між законодавчою і виконавчою гілками влади, виконує роль арбітра [13; с. 8]. Ототожнюючи функцію президента із забезпечення єдності державної влади з арбітражною функцією, згадані автори тим самим обмежують зміст функції президента із забезпечення єдності державної влади тільки до здійснення арбітражу чи посередництва, забуваючи про такі важливі складові згаданої функції як здійснення главою держави координації діяльності всіх гілок влади; врівноважування гілок влади, створення балансу сил; припинення дій органів, які порушують єдність влади.

У рамках здійснення функцій із забезпечення єдності державної влади президента слід розглядати як суб'єкта, який наділений право компетенційного втручання у сферу діяльності гілок державної влади з метою забезпечення конструктивно співробітництва між гілками державної влади. Дане твердження,

враховуючи конституційно-правового статусу глави держави змішаної республіки, пояснюється тим, що президент не повинен безпосередньо впливати на стан суспільного життя, оскільки не входить до жодної з гілок державної влади. Як зазначає Р. Мартинюк, «Президент України покликаний гарантувати дотримання принципу єдності державної влади в умовах її поділу, узгоджене функціонування та взаємодію органів державної влади. Для цього він, об'єктивно, має бути наділений повноваженнями, які уможливлуватимуть його легальне функціональне проникнення у сферу компетенції інших владних структур, з тим, щоб легально примушувати їх діяти в межах конституційних приписів» [12; с. 146].

Тривожним є той факт, що за умов сучасної конструкції механізму державної влади Президент України об'єктивно не може виконувати функції політичного арбітражу. Як вказує М. Краснов, «Головне – сам арбітр не може бути стороною конфлікту, а тому дана функція не може буди поєднана з функціями по поточному управлінню державою» [11; с. 34]. Політико-правові конфлікти в Україні, як правило, мають місце у площині взаємовідносин між Парламентом, Урядом і Президентом. Враховуючи той факт, що відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»: «Програма діяльності Кабінету Міністрів України базується на передвиборній програмі Президента України» [3], а також те, що Президент України скасовує акти Кабінету Міністрів України та акти Ради міністрів Автономної Республіки Крим (п. 16 ст. 106 Конституції України) та формує персональний склад Кабінету Міністрів України і припиняє повноваження його повноваження (п. 9, 10 ст. 106 Конституції України), Уряд об'єктивно не може бути незалежним від політичної волі Президента України. Слід констатувати те, що Президент України є фактичним главою виконавчої влади, що зумовлює його безспірне функціональне віднесення, але не структурне включення до виконавчої гілки влади. У своїй оцінці фактичного статусу Президента України Венеціанська Комісія безпосередньо зазначала, що він «очолює виконавчу владу» [1; с. 23]. На підставі зазначеного вище можна зробити логічний висновок про те, що у разі виникнення політико-правового конфлікту між Урядом та Парламентом Президент відстоюватиме інтереси Кабінету Міністрів України. Як наслідок, Президент України номінально є стороною конфлікту і аж ніяк не може виконувати роль арбітра у спорі між Верховною Радою і Кабінетом Міністрів України. Дана ситуація потребує негайного вирішення, оскільки у разі подальшого зволікання вона загрожує дестабілізацією функціонування механізму державної влади України і породженням затяжних політичних криз.

За умов тлумачення змішаної форми правління не як симбіозу президентської та парламентської, а стану коливання, де залежно від наявності чи відсутності пропрезидентської більшості у парламенті змішана форма правління тяжіє то до президентської то до парламентської, все одно певний елемент механізму державної влади залишається сталим. Константою у даному випадку залишається функція забезпечення главою держави єдності державної влади, де незалежно від розстановки політичних сил президент зобов'язаний забезпечувати консолідацію діяльності гілок державної влади. Так, і Президент України незалежно від кон'юнктури політичних сил при владі повинен спрямовувати свою діяльність на забезпечення узгодженого і скоординованого функціонування органів державної влади.

Безсумнівно прогресивний розвиток української державності багато в чому залежить від ефективності здійснення Президентом України функції забезпечення єдності державної влади. Саме від рівня узгодженості, організованості та цілеспрямованості елементів механізму державної влади залежить чи стане Україна дійсно європейською державою, її економічний, культурний, правовий розвиток та рівень добробуту громадян.

#### **Список використаних джерел:**

1. Висновок щодо трьох проектів законів про внесення змін до Конституції України. Прийнятий Венеціанською Комісією на її 57-му пленарному засіданні (Венеція, 12-13 грудня 2003 р.) // Конституційна реформа: експертний аналіз. – Х. : Фоліо, 2004. – 184 с.
2. Жук Н. Стимування і протидія в системі поділу влади в Україні (загальнотеоретичні проблеми): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: спец. 12.00.02 / Н. Жук. – Х., 2006. – 220 с.
3. Закон України «Про Кабінет Міністрів України» // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 9. – С. 58.
4. Конституция Казахстана // Конституции государств Европы / Под общ. ред. : Окуньков Л. – М. : Норма, 2001. – 824 с.

5. Конституция Португалии // Конституции государств Европы. В 3-х томах. Т. 1 / Под общ. ред. : Окуньков Л. – М. : Норма, 2001. – 824 с.
6. Конституция Республики Беларусь // Конституции государств Европы / Под общ. ред. : Окуньков Л. – М. : Норма, 2001. – 824 с.
7. Конституция Румынии [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.auditorium.ru/books/116/Rumania>.
8. Конституция Французской Республики // Конституции государств Европы / Под общ. ред. : Окуньков Л. – М. : Норма, 2001. – 824 с.
9. Конституція Російської Федерації // Конституції нових держав Європи та Азії – К. : Укр. Правн. Фундація. Право, 1996. – 544 с.
10. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.
11. Краснов М. Глава государства: рецепция идеи “отцовства” / М. Краснов // Общественные науки и современность. – 2008 – № 6. – С. 27-38.
12. Мартинюк Р. Реалізація принципу поділу влади в сучасній Україні: політико-правовий аналіз / Р. Мартинюк. – Острог: Вид-во Національного університету “Острозька академія”, 2007. – 486 с.
13. Медведчук В. Державна влада в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку / В. Медведчук // Право України. – 1998. – № 4. – С. 7-13.
14. Серьогіна С. Компетенція Президента України: теоретично-правові засади: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: спец. 12.00.02 / С. Серьогіна. – Х., 1998. – 254 с.
15. Тодыка Ю., Яворский В. Президент Украины: конституционно-правовой статус. Монография / Ю. Тодыка, В. Яворский. – Харьков: “Факт”, 1999. – 256 с.
16. Фрицький Ю. Теоретичні засади державної влади в Україні: дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук: спец. 12.00.02 / Ю. Фрицький. – К., 2009. – 384 с.
17. Шаповал В. Сучасний конституціоналізм: Монографія / В. Шаповал. – К. : Юридична фірма “Салком”; Юрінком Інтер, 2005. – 560 с.

**М. А. Ермолина,**

кандидат юридических наук, доцент Санкт-Петербургского государственного университета (Россия)

## **МОТИВАЦИЯ МОБИЛЬНОСТИ И ПРАВОСОЗНАНИЯ МОЛОДЫХ СПЕЦИАЛИСТОВ В СТРАНАХ СКАНДИНАВИИ**

Процессы глобализации сопровождаются как позитивными, так и негативными воздействиями на различные сферы жизнедеятельности отдельных стран и регионов. Они затрагивают также проблемы миграции и трудоустройства различных групп населения.

Согласно прогнозам ООН, население планеты стремительно стареет: по к 2025 году доля мирового населения в возрасте от 25 до 59 лет составит 46,3%, старше 60 лет – свыше 15 %, а к 2050 году – 45% и 22 % соответственно<sup>1</sup>. В демографическом отношении проблема глобализации проявляется в постоянном обмене населением. Характерной такая ситуация является и для европейских стран, где к 2050 году сосредоточится около 7 % мирового населения<sup>2</sup>. Главный мотив для поисков работы за пределами страны – возможность найти хорошую работу и получать достойный заработок.

Рост населения в развивающихся странах вызвал избыток там рабочей силы, а развитие образования привело к тому, что растущая часть молодежи способна адаптироваться к условиям рынка труда развитых стран. Миграция активизирует мировой рынок высококвалифицированными специалистами.

Вместе с тем, еще на Женевской конференции ООН по вопросам социального развития (2000) был сделан вывод о неравенстве возможностей трудоустройства среди населения различных возрастных групп, а не только старшего поколения. Данная ситуация особенно характерна для скандинавских стран.

Изучение мобильности рабочей силы является желательным для европейского рынка труда с экономической и социальной точек зрения, принимая во внимание значительные различия в профессиональной мобильности стран Европы.

### Швеция

Так, несмотря на большую долю старшего населения, шведские компании в сфере занятости не заинтересованы в поиске претендентов, возраст которых превышает пятьдесят лет. По данным исследования, проведенного агентством по набору рабочей силы, только восемь процентов шведских работодателей заинтересованы в сохранении таких работников<sup>3</sup>.

Интересен и другой факт: только треть молодых людей в возрасте от 16 до 24 лет состоят в профсоюзах. В середине девяностых эта цифра состояла 80 процентов. В числе причин – взносы за вступление, более индивидуалистический характер рынка труда, временные затраты на вступление и т. д. На сегодняшний день, в сравнении с теми же девяностыми, в 2,5 раза меньше лиц, занятых полный рабочий день, при аналогичном количестве рабочей силы<sup>4</sup>. При этом более чем ¾ студентов университетов Швеции готовы к поиску работы за рубежом.

Так, свыше 15 процентов респондентов из Университета Линчёпинга<sup>5</sup> уже имели опыт работы за границей<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Грани глобализации: Трудные вопросы современного развития. – М. : Альпина Паблишер, 2003. – 509 с. – С. 297.

<sup>2</sup> Там же. – С. 301.

<sup>3</sup> Sweden “shuns” older workers: study // The local Sweden’s news in English. October 30, 2012; URL: <http://www.thelocal.se/40114/20120405/>

<sup>4</sup> Young Swedish workers abandon unions // The local Sweden’s news in English. October 30, 2012; URL: <http://www.thelocal.se/37168/20111104/>

<sup>5</sup> Линчёпинг – город в провинции Эстергётланд, седьмой по величине город в Швеции. Линчёпингский университет (основан в 1975 году) имеет 3 факультета – технический, медицинский и философский. В 2010 году в университете обучалось 18 910 студентов. – Википедия. – URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%CB%E8%ED%F7%B8%EF%E8%ED%E3>

<sup>6</sup> Sweden “at risk” of losing global battle for talent // The local Sweden’s news in English. October 30, 2012; URL: <http://www.thelocal.se/37168/20111104/>



В связи с этим возникает вопрос: достаточно ли страна делает для того, чтобы удержать талантливых выпускников?

По сравнению с другими странами Европейского Союза, Швеция имеет невысокий уровень безработицы: 5,7% среди людей в возрасте 15-74 лет. Тем не менее, уровень безработицы среди молодежи значительно выше среднего показателя по ЕС: 12,5% среди лиц в возрасте 16-24 лет (октябрь 2008 года).

Вместе с тем высок уровень незанятости среди группы 16-24 лет. Среди причин создавшейся ситуации – пресыщенность рынка выпускниками (которые хотят работать только по специальности) и другие. Высокий уровень безработицы среди молодежи в Швеции объясняется также тем, что по стране в целом высокая стартовая зарплата и жесткое трудовое законодательство. При этом работодатели считают, что они подвержены большому риску, нанимая неопытного работника без квалификации.

Очевидно, что еще тяжелее приходится тем, у кого нет диплома о квалификации. Вместе с тем данная возрастная группа также предпочитает поиск работы за пределами своей страны<sup>1</sup>. В чем же причины сложившейся ситуации?

Согласно исследованиям, проведенным Шведским национальным советом по делам молодежи (данный государственный орган защищает права молодых людей в обществе), занятость среди молодежи в последние годы снизилась за счет следующих факторов:

все большее число молодых выпускников приходят на рынок труда, что приводит к насыщению рынка специалистами в отдельных сферах;

в связи с экономическим спадом происходят изменения в ситуации на рынке труда;

нестабильная занятость среди молодежи в связи с распространенностью различных форм временной занятости и найма людей в этой возрастной группе.

Рынок труда в Швеции регулируется законодательством, которое создает рычаги для мобильности рабочей силы и для новых участников в трудовом рынке<sup>2</sup>. Именно этот фактор в последнее время упоминается Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).

#### Дания

Все больше датчан в настоящее время нацелены на продолжительную учебу, получая среднее и высшее образование. В рейтинге с Данией лидируют только Нидерланды и Норвегия.

Организация по экономическому сотрудничеству и развитию опубликовала доклад под названием “Взгляд на образование 2010”, в котором сравниваются уровни образования в странах ОЭСР.

Согласно этому документу, Дания занимает лидирующие позиции в области образования на международном уровне, что свидетельствует о том, что усилия предпринимаются в правильном направлении. В частности, доля молодых людей в возрасте от 25 до 34 лет, получающих среднее или высшее образование, возросла более чем на одну треть. В то же время, по мнению Министра образования Дании Шарлотты Сахл-Мадсен, данный показатель еще не означает, что достигнут прогресс: обучающие курсы должны быть более адаптированы к требованиям общества, и основные усилия следует сконцентрировать на таких областях, как повышение стандартов обучения, поощрение предпринимательства и поощрение международного сотрудничества<sup>3</sup>.

Область, в которой датские студенты по-прежнему отстают в среднем по ОЭСР, является возраст, в котором они начинают (и, соответственно, завершают) свое образование. Доклад убедительно показывает, что именно этой проблеме следует уделять пристальное внимание.

#### Норвегия

По сравнению с другими европейскими странами, уровень безработицы среди молодежи в Норвегии является довольно низким. Это связано с относительно низким общим уровнем безработицы, а также с тем, что значительная доля младшей возрастной группы по-прежнему посещают школу. Международный экономический кризис не способствовал ухудшению ситуации в данной сфере.

Последствия влияния экономического кризиса на норвежский рынок труда оказались менее серьезными, чем в других европейских странах. До финансового кризиса уровень безработицы среди

<sup>1</sup> Unemployment high among young people in Sweden // URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/se0811019i.htm>

<sup>2</sup> European industrial relations observatory on-line // URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/se0811019i.htm>

<sup>3</sup> More Young People in Denmark Taking an Education. Ministry of Science, Innovation and Higher Education // URL: <http://en.fivu.dk/press/2010/more-young-people-in-denmark-taking-an-education>. Sep 07, 2010

населения в целом был только 2,4%. В третьем квартале 2010 года уровень безработицы составил на 3,3%, меньше, чем докризисные уровни (в августе 2008 года – 2,4 процента). Уровень безработицы среди молодежи (15 – 24 лет) значительно выше и составляет в настоящее время 9,1% (по сравнению с 7,3% в 2007). Тем не менее, важно отметить, что фактическое число безработных молодых людей является относительно низким, так как низким является показатель среди этих возрастных групп на рынке труда<sup>1</sup>.

Государственная политика в области образования гарантирует право на учебу в гимназии, посещение свободных университетов и финансовую поддержку студентам через Государственный образовательный фонд займа, обеспечивающие равные возможности для участия в образовании. Каких-либо значительных изменений политики в данной сфере не было и в период финансового кризиса, но наблюдалось значительное увеличение студентов в норвежских университетах и колледжах: 7% – с 2008 по 2009 годы и дополнительно 8% – в 2010 году.

Норвежские биржи труда и органы социального обеспечения предлагают помощь безработным лицам в поиске работы и мотивации. Это включает поддержку профессиональной подготовки и переподготовки, а также финансовую поддержку для продолжения образования.

Согласно Норвежскому закону о занятости, всем зарегистрированным безработным в возрасте от 16 до 20 оказывается поддержка на рынке труда. Для того чтобы иметь право на пособие по безработице, лицо должно остаться проживать в Норвегии, зарегистрироваться в качестве безработного (как правило, не будучи студентом), сообщать о результатах поиска работы каждые 14 дней, а также “заниматься поиском работы” и “быть готовым к работе”. Молодые люди, испытывающие трудности при поиске работы после окончания средней школы или учебы, как правило, не имеют права на пособие по безработице, поскольку они не имели ранее необходимого уровня доходов. Вместе с тем им гарантируется помощь государства в получении временной или постоянной работы, а также освобождение от выплат по кредиту на период без работы. Что же касается безработицы среди молодежи, государство выступает за то, что молодежь не должна оставаться без работы или же ей должна предоставляться возможность дальнейшего обучения.

#### Финляндия

Исследование показало, что большая часть молодых людей<sup>2</sup> предпочитают иметь одного работодателя и постоянную работу на более-менее длительный срок.

Для большинства молодых специалистов среди 3200 опрошиваемых важным аргументом при выборе работы является основная заработная плата (для пожилых лиц среди профессорского состава вузов премиальная система более предпочтительна), и лишь 12 % опрошенных считают необходимой выплату премий и вознаграждений по итогам работы за определенный срок (в 2008 году только один из пяти молодых специалистов считал премии одной из наиболее привлекательных особенностей оплаты). В этом отношении Финляндия находится на одном уровне с Норвегией. В Швеции и Дании поощрительные вознаграждения являются еще менее важным пунктом, чем в Финляндии<sup>3</sup>. При этом большинство молодых специалистов Финляндии стремятся к росту заработной платы.

Таким образом, размер основной заработной платы является определяющим для большинства молодых специалистов стран Скандинавии. Однако почти пятая часть опрошенных готовы сменить работу уже в течение ближайших шести месяцев.

Наблюдается взаимосвязь между возрастом и профессиональной мобильностью среди лиц, сменивших работу за последний год. Мобильность является наиболее высоким показателем в возрастной группе 25-34, а также сравнительно высоким в возрастной группе 35-44 лет. Лидируют по “мобильности” Норвегия, Дания и Швеция<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Norway: Helping young workers during the crisis – Contributions by social partners and public authorities URL://<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn1101019s/no1101019q.htm>

<sup>2</sup> Применительно к исследованию термин “молодой специалист” относится к физическому лицу в возрасте до 40 лет, который имеет стаж работы от одного года до десяти лет. Около 55 % опрошенных имеют высшее образование и 42 % ученую степень в области прикладных наук.

<sup>3</sup> Young employees value good basic salary, not bonuses // HELSINGIN SANOMAT INTERNATIONAL EDITION – BUSINESS & FINANCE. URL: <http://www.hs.fi/english/article/Young+employees+value+good+basic+salary+not+bonuses/1135261593643>.

<sup>4</sup> Job Mobility in the European Union: Optimising its Social and Economic Benefits. Final report. Policy and Business Analysis. April 2008.

Доказано, что стабильные трудовые отношения и относительно долгий период работы (от 4 до 10 лет) положительно сказываются на производительности труда, а найм работников, как на очень короткие, так и на очень длительные сроки, влияет на производительность труда отрицательно. В то же время факторы, отражающие рост мобильности рабочей силы и правосознание молодых специалистов в скандинавских странах еще более значимы, как для рынка труда, так и для экономического роста.

Во введении к данному исследованию мы подчеркнули, что усилия международного сообщества, направленные на повышение мобильности рынка тесно связаны и взаимодействуют с национальной политикой. Законодательное регулирование рынка труда относится к числу гибких и надежных механизмов, которые обеспечивают поддержку трудовых доходов, поощрение занятости и содействие мобильности рабочей силы. Национальные стратегии и законодательство помогают молодым специалистам адаптироваться к рынку в условиях глобализации.

#### **Список использованных источников:**

1. Грани глобализации: Трудные вопросы современного развития. – М. : Альпина Паблишер, 2003. – 509 с.
2. Job Mobility in the European Union: Optimising its Social and Economic Benefits. Final report. Policy and Business Analysis. April 2008. – 158 с.
3. Sweden “shuns” older workers: study // The local Sweden’s news in English. October 30, 2012; URL: <http://www.thelocal.se/40114/20120405/>
4. Young Swedish workers abandon unions // The local Sweden’s news in English. October 30, 2012; URL: <http://www.thelocal.se/37168/20111104/>
5. Sweden “at risk” of losing global battle for talent // The local Sweden’s news in English. October 30, 2012; URL: <http://www.thelocal.se/37168/20111104/>
6. Unemployment high among young people in Sweden; URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/se0811019i.htm>
7. European industrial relations observatory on-line // URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/se0811019i.htm>
8. More Young People in Denmark Taking an Education. Ministry of Science, Innovation and Higher Education // URL: <http://en.fivu.dk/press/2010/more-young-people-in-denmark-taking-an-education>. Sep 07, 2010.
9. Norway: Helping young workers during the crisis – Contributions by social partners and public authorities; URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn1101019s/no1101019q.htm>
10. Young employees value good basic salary, not bonuses // HELSINGIN SANOMAT INTERNATIONAL EDITION – BUSINESS & FINANCE; URL: <http://www.hs.fi/english/article/Young+employees+value+good+basic+salary+not+bonuses/1135261593643>

**К. С. Кандагура,**

*кандидат наук з державного управління, викладач кафедри управління; інформаційно-аналітичної діяльності та євроінтеграції Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова*

## **КОМУНІКАЦІЯ ВЛАДИ З ГРОМАДСЬКІСТЮ У МІЖНАРОДНИХ ТА ВІТЧИЗНЯНИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ДОКУМЕНТАХ**

Основою побудови взаємовідносин влади з громадськістю є нормативно-правова база. Остання виступає як регламентуючою, так і формуючою практичну діяльність влади. Крім того, нормативно-правова база розглядається як цілеспрямовані впливи держави на суспільство і як механізми самих взаємовідносин влади з громадськістю.

Світовий досвід механізмів взаємовідносин влади з громадськістю ґрунтується на нормативно-правових актах, в яких закріплені положення про: основні права і свободи громадян; право на участь у різного роду об'єднаннях; законодавчу ініціативу народу. Зокрема це стосується і документів, в яких визначена діяльність засобів масової інформації; структур по зв'язкам з громадськістю; прозорість та відкритість діяльності органів влади. Одним із основних документів, в якому зустрічаємо положення стосовно залучення громадськості до державного управління є Загальна Декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. У ст. 21 якої зазначено, що кожен має право брати участь в управлінні своєю країною безпосередньо або через посередництво вільно обраних представників [1].

Дане положення затверджене і в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, який прийнятий 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН та ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII (2148-08). Ст. 25 також визначає право і можливість кожного громадянина без будь-якої дискримінації і без необґрунтованих обмежень брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і за посередництвом вільно обраних представників [4].

Одним із важливих документів, що законодавчо закріпив участь громадськості у здійсненні державної політики є Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, яка ратифікована Законом України від 6 липня 1999 р. № 832-XIV (832-14) Даний документ містить такі основні положення: участь громадськості в прийнятті рішень щодо конкретних видів діяльності (ст. 6); участь громадськості в питаннях розробки планів, програм і політичних документів, пов'язаних з навколишнім середовищем (ст. 7); участь громадськості в підготовці нормативних актів виконавчої влади і/або загальнообов'язкових юридичних актів (ст. 8) [2].

Аналіз українського законодавства дав можливість виокремити: загальні положення щодо участі громадськості в державному управлінні; окремі положення, що стосуються діяльності засобів масової інформації та вибіркові положення стосовно об'єднань громадян, які у сукупності розкривають правові положення механізму взаємовідносин влади з громадськістю.

Зокрема, у ст. 5 Конституції України зазначено, що саме народ виступає не лише носієм суверенітету і єдиним джерелом влади, а і має право здійснювати владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування [3]. Цікавою в даному аспекті є і ст. 38, в якій закріплено право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах.

Закон України “Про звернення громадян” окреслює питання участі громадськості через звернення, скарги щодо дій окремих посадових осіб, пропозиції стосовно покращення діяльності органів державної влади. Даний закон забезпечує громадянам України реалізацію закріплених у Конституції України прав з огляду на конкретні практичні форми [5].

На регіональному рівні право громадян на участь в управлінні визначає Закон України “Про місцеве самоврядування”, ст. 3 якого закріплює право громадян на участь у місцевому самоврядуванні. Даний закон також визнає одним з основних принципів місцевого самоврядування – підзвітність та відповідальності перед територіальними громадами їх органів та посадових осіб. Зокрема визначені і окремі механізми, за якими громадськість впливає на прийняття рішення, а саме: місцевий референдум; за-



гальні збори; місцеві ініціативи тощо. Окремою статтею в законі визначено право громадян проводити громадські слухання – “зустрічатися з депутатами відповідної ради та посадовими особами місцевого самоврядування, під час яких члени територіальної громади можуть заслуховувати їх, порушувати питання та вносити пропозиції щодо питань місцевого значення, що належать до відання місцевого самоврядування (ст. 13) [7].

Одним із критеріїв визначення ефективності механізму взаємовідносин влади з громадськістю є контроль з боку Президента України, який закріплений в Указах Президента України. Так Указ Президента України від 1 серпня 2002 р. № 683 “Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади”, констатує надання додаткових умов громадянам в управлінні державними справами та отриманні повної інформації про діяльність органів державного управління та місцевого самоврядування [8].

Цікавими є також задекларовані положення Указу Президента України від 31 липня 2004 р. № 854 “Про забезпечення умов для більш широкої участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики” та Указу Президента України від 15 вересня 2005 р. № 1276 “Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики”, які закріпили ініціативу громадськості щодо створення системи постійного діалогу та взаємодії інститутів громадянського суспільства і органів державної влади та органів місцевого самоврядування [7].

Окремо звернемо увагу на деякі акти, що прийняті виконавчим органом влади, який безпосередньо реалізує, закріплений вище механізм побудови взаємовідносин влади з громадськістю на загальнонаціональному рівні. Серед таких: Постанови Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2009 р. № 1302 “Про додаткові заходи щодо забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики”, від 6 січня 2010 р. № 10 “Про затвердження Порядку залучення громадян до формування та реалізації державної політики” деталізують механізм участі громадськості в державному управлінні. В цих документах закріплені положення про здійснення громадського контролю за діяльністю органів виконавчої влади, а також забезпечення відкритості та прозорості діяльності таких органів; визначено порядок щодо залучення громадськості до державного управління [9; 10]. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 21 листопада 2007 р. № 1035-р “Про схвалення Концепції сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства” закріплено основні положення законів та визначені конкретні шляхи реалізації механізму взаємовідносин влади з громадськістю [11].

З огляду на проведений аналіз, можна констатувати, що окремі вимоги до механізмів побудови взаємовідносин влади з громадськістю закріплені у нормативно-правових актах як на міжнародному, так і національному рівні, які стосуються наступних елементів: громадянські і політичні права, участь громадськості у прийнятті рішень, доступ до правосуддя, професійна діяльність суб’єктів державного управління у побудові взаємовідносин влади з громадськістю, громадський контроль.

Аналіз вітчизняної, міжнародної та зарубіжної законодавчої бази щодо взаємовідносин влади з громадськістю, довів, що в українському законодавстві існує одновекторність у даному підході, тому важливим є використання практики іноземних держав.

Встановлено, що сьогодні важливими кроками, які першочергово необхідно здійснити у державному управлінні є наступні: вдосконалення законодавства в інформаційно-комунікативній сфері; вироблення нових форм та методів, які сприятимуть розвитку взаємовідносин влади з громадськістю.

#### **Список використаних джерел:**

1. Загальна декларація прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_015](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015).
2. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, ратифікована Законом № 832-XIV (832-14) від 6 лип. 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://civic.kmu.gov.ua/civic/control/uk/publish/article?art\\_id=92479&cat\\_id=92401](http://civic.kmu.gov.ua/civic/control/uk/publish/article?art_id=92479&cat_id=92401)
3. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>
4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_043](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_043)

5. Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Указ Президента України від 15 вер. 2005 р. № 1276 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=996-2010-%EF>

6. Про звернення громадян : Закон України : прийнятий 2 жовт. 1996 р. № 393/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=393%2F96-%E2%F0>

7. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України : прийнятий 21 трав. 1997 р. № 280/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=5&nreg=280%2F97-%E2%F0>

8. Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади : Указ Президента України від 1 серп. 2002 р. № 683 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=683%2F2002>

9. Про додаткові заходи щодо забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : постанова Кабінету Міністрів України від 26 лист. 2009 р. № 1302 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1302-2009-%EF>

10. Про затвердження Порядку залучення громадян до формування та реалізації державної політики : постанова Кабінету Міністрів України від 6 січ. 2010 р. № 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=10-2010-%EF>

11. Про схвалення Концепції сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства : розпорядження Кабінету Міністрів України від 21 лист. 2007 р. № 1035-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1035-2007-%F0>

**Ю. В. Кляин,**

*Могилевський державний університет ім. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ РЕБЕНКА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Цивилизованность человеческого общества издавна проявлялась в защите самых слабых его членов, к которым, как правило, относили стариков, женщин, детей. Необходимость особой защиты детей признается целым рядом международно-правовых документов ввиду физической и умственной незрелостью ребенка, а, следовательно, вытекающей из этого потребностью в охране и заботе, обеспечении условий для нормального развития и образования.

Дети – один из самых незащищенных и в ряде случаев обездоленных слоев населения.

Важнейшей политической, социальной и экономической задачей Республики Беларусь является гарантированная защита государством и обществом детства, семьи и материнства. Государство и законные представители детей должны обеспечить физическое, нравственное и духовное здоровье ребенка, формирование национального самосознания на основе общечеловеческих ценностей мировой цивилизации [1, с. 191].

В Республике Беларусь существует широкий круг нормативных актов, обеспечивающих права семьи и детей. Это документы, как общего, так и специального характера, содержащие конкретные нормы, гарантирующие соблюдение прав и интересов семьи и детей.

Согласно статье 8 Конституции Республикой Беларусь признается приоритет общепризнанных принципов международного права. К международным документам действующим в Республике Беларусь относятся: Всеобщая декларация прав человека, Конвенция ООН о правах ребенка и другие. Основными источниками, которые закрепляют права несовершеннолетних, являются Конституция и Закон Республики Беларусь “О правах ребенка” от 19 ноября 1993 г. № 2570-XII в редакции закона от 26 мая 2012 г. № 376-З. Кроме того, права детей регулируются и иными актами, в которых есть специальные разделы и статьи в Гражданском кодексе Республики Беларусь, Уголовном кодексе Республики Беларусь, Кодексе Республики Беларусь о браке и семье.

Можно выделить следующие основные права детей: право на жизнь, на охрану здоровья, на гражданство, на достойный уровень жизни, неприкосновенность личности, проживание в семье, образование, защиту чести и достоинства и другие. Все дети равны между собой в своих правах [2].

В Республике Беларусь утвержден Национальный план действий по улучшению положения детей и охране их прав на 2012-2016 годы. Министерство образования является куратором этой программы. В Беларуси сформулирован механизм действенной защиты детей от ненадлежащих условий жизни и воспитания. В период с 2006 по 2012 год на 15% уменьшилось число детей, лишившихся родительской опеки по решению суда. Более чем в 2 раза сократилось количество отказов родителей от детей. Ежегодно увеличивается удельный вес детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, которые находятся на семейных формах воспитания [3].

Однако стоит отметить, что не смотря на некоторые достижения в этой сфере так же сохраняется ряд проблем.

Ряд специалистов отмечает, что необходимо продолжать внедрение принципов ювенального правосудия, а также предпринимать меры по противодействию домашнему насилию и семейному неблагополучию, причем делать это с использованием новых форм и методов. Следует более широко привлекать дополнительные ресурсы общественных объединений и родителей для решения проблем положения детей и охраны их прав.

Необходимо повышение эффективности профилактики правонарушений, совершенных несовершеннолетними. В 2011 году Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры и представительство ЮНИСЕФ в Беларуси провели национальное исследование эффективности профилактической работы с несовершеннолетними правонарушителями в Республике Беларусь. В отчете отмечается, что за период с 2001 по 2010 годы уровень преступности и других правонарушений несовершеннолетних имеет тенденцию к снижению количественных по-

казателей и относительно стабилизировался по своим качественным характеристикам. Однако авторы исследования пришли к выводу, что “действующая система профилактики правонарушений несовершеннолетних является недостаточно эффективной и нуждается в качественной модернизации в контексте формирования современной системы ювенальной политики, соответствующей международным принципам и стандартам с учетом экономических, социальных и культурных реалий и перспектив развития современного белорусского общества” [4].

Кроме того, несмотря на многообразие форм обучения детей-инвалидов, доступ для них к образованию по-прежнему затруднен, а качество образовательных услуг остается на относительно невысоком уровне. Таковы результаты исследования “Установки родителей как фактор эффективного внедрения в Беларуси инклюзивного образования”, проведенного офисом по правам людей с инвалидностью совместно с Исследовательским центром европейской трансформации в 2011-2012 годах [4].

Существующая в Беларуси система обучения детей-инвалидов не соответствует потребностям и ожиданиям самих детей и их родителей. Очевидно противоречие между декларированием предоставления равных прав и возможностей обучения и воспитания детям с особенностями развития, и их практическим внедрением в жизнь.

В 2002 году Парламентской Ассамблеей стран СНГ был принят Модельный Закон “Об образовании лиц с ограниченными возможностями здоровья (специальном образовании)”, который является основой для разработки, принятия и (или) совершенствования национального законодательства в области специального образования государств – участников СНГ. Однако на данный момент законодательный акт, который регулировал бы права детей с ограниченными возможностями, так и не был создан.

В заключение хотелось бы отметить, что необходимым является дальнейшее совершенствование законодательства и механизмов защиты прав детей. На данный момент нерешенными остаются многие проблемы, такие как ювенальное правосудие, проблемы детской преступности и профилактики правонарушений. Это требует внесения изменений в законодательство, в частности Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

Отдельного внимания заслуживает соблюдение принцип равноправия детей, который реализуется не в полной мере. Затруднен доступ детей-инвалидов к системе образования. Для решения этой проблемы требуется развитие системы инклюзивного образования, то есть такого образования которое подразумевает доступность образования для всех, и обеспечивает доступ к образованию для детей с особыми потребностями, и создание без барьерной среды – дооборудованная с учетом потребностей, возникающих в связи с инвалидностью, и позволяющая людям с особыми потребностями вести независимый образ жизни. Необходимо принятие закона регулирующего образование детей с ограниченными возможностями здоровья для полной реализации всех и прав.

Для укрепления защиты прав детей видится необходимым введения в Республике Беларусь института уполномоченного по правам ребенка. Целью данного института будет обеспечение государственной защиты прав ребенка, их соблюдения органами государственной власти, органами местного самоуправления и должностными лицами.

#### **Список использованных источников:**

1. Тихиня В. Г. Правовые основы семьи: юрид. справ. / В. Г. Тихиня, М. Г. Бруй. – Минск : Изд-во МИУ, 2006. – 220 с.
2. О правах ребенка : Закон Респ. Беларусь от 19 ноября 1993 г. №2570-XII : с изм. и доп. : текст по состоянию на 29 октября 2012г. – Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2012. – №62. – 2/1928.
3. Об утверждении Национального плана действий по улучшению положения детей и охране их прав на 2012 – 2016 годы : Постановление Совета Министров Респ. Беларусь от 12 марта 2012 г., №218 : с изм. и доп. : текст по состоянию на 29 октября 2012 г. – Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2012. – №34. – 5/35386.
4. Специалисты указывают на проблемы в сфере соблюдения прав ребенка в Беларуси // БелПАН [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : <http://belapan.com/archive/2012/06/01/552702/>. – Дата доступа : 26.10.2012.



**В. Б. Ковальчук,**

доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри історії та теорії держави і права Національного університету  
“Острозька академія”

## ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

Не вдаючись у детальний аналіз різноманітних інтерпретацій громадянського суспільства, яке часто розглядають як: “незалежні від держави громадські організації, так званий “третій сектор”; “соціальну структуру, яка координує свої дії через низку добровільних асоціацій”; “сукупність груп тиску та інших суб’єктів впливу на політичний процес в суспільстві” і т. ін., про що багато написано в спеціальній науковій літературі, хочеться зосередити увагу на правовій природі цього явища, а відтак розглянути громадянське суспільство як правову категорію.

На наше переконання, громадянське суспільство це, в першу чергу, результат еволюції від суспільства, яке відповідно до вчення Ф. Гегеля, є “ареною боротьби приватних індивідуальних інтересів, віщою всіх супроти всіх”, до високоорганізованої спільноти людей, об’єднаних навколо системи цінностей, які уособлює в собі ідея права. Цими цінностями є ніщо інше як основоположні принципи права: свобода, справедливість, рівність, гуманізм та інші.

В якості ключової цінності громадянського суспільства виступає свобода як умова і спосіб людської самореалізації, яка обтяжена мірою персональної відповідальності, а також право як міра справедливості. Якщо в суспільстві відсутня свобода або вона не оцінюється належним чином, то там і немає умов для виникнення та становлення громадянського суспільства. Особливість громадянського суспільства полягає в тому, що його не можна створити штучно там, де відсутня реальна свобода і її адекватне сприйняття, де відсутнє розуміння її цінності.

У межах громадянського суспільства свобода проявляється не так, як в межах держави, де людина заявляє про себе в якості істоти пасивної, безпорадної, оскільки вона є об’єктом уваги і маніпулювання, піклування і покарання. В громадянському суспільстві людина заявляє про себе як автономна, суверенна особа. Вона рівна серед рівних, оскільки люди об’єднуються між собою за власним волевиявленням і логічно передбачити, що вони самі виробляють ціннісні орієнтири, норми та правила, яким мають намір слідувати.

Запорукою такого рівня самоорганізації суспільства, яке не потребує безпосереднього патерналістського втручання з боку держави, є: високий рівень правової свідомості та культури його членів; наявність самоврядних об’єднань, діяльність яких спрямована на захист прав і свобод людини та громадянина; дієвість правових норм, на основі яких відбувається процес взаємодії між окремими членами такого суспільства, між особою, суспільством з одного боку, та державою з іншого, за посередництва громадянських інститутів.

Відтак, громадянське суспільство – це, *по-перше*, суспільство з високим рівнем індивідуальної та колективної правової свідомості, в якому ідея права набуває як глибокого осмислення, так і практичного втілення. В чому зміст такої правової свідомості?

Перш за все, рівень правової свідомості членів громадянського суспільства проявляється через відчуття власної гідності, яке є необхідним проявом духовного життя людини, ознакою духовного самоствердження, без якого не можливе ні обстоювання своїх прав та свобод, ні економічне та політичне самоуправління, ні національне (культурне) самовираження. Не випадково І. Ільїн писав про те, що: “Громадянин позбавлений цього відчуття – політично недієздатний; народ не просякнутий ним, – приречений на тяжке історичне пониження”.

Людині як суб’єкту і творцю права необхідно поважати себе, це є запорукою того, що її будуть поважати інші суб’єкти правовідносин, в тому числі й держава. Людина з таким відчуттям чітко розуміє своє місце в суспільстві і розглядає себе у ньому як самодостатню цінність, поважаючи при цьому цінності інших людей. Така правосвідомість розглядає право як засіб реалізації, середовище для втілення своїх ідей і прагнень, вона перетворюється із “тіні”, фону права, на фактор, що сам визначає право. Саме відчуття власної гідності, є рушійною силою як окремої людини, так і суспільства загалом у боротьбі за свої права.

Опинившись у ситуації нав'язування суперечливих норм та цінностей, така правосвідомість здатна до опору силі, яка намагається це вчинити. Народ, який не наділений почуттям власної гідності породжує державну владу, що не поважає ні себе, ні цей народ, а в кінцевому результаті і державу. Свою немічність така влада особливо демонструє в період громадянського протесту.

Наступною рисою громадянської правосвідомості є здатність до вольового самоуправління і його прояви: принциповість, стійкість життєвої позиції, дисципліна та відчуття обов'язку. Тільки духовно зріла людина здатна до політичної свободи через самоуправління. Політична свобода за своєю природою є, перш за все, духовною свободою. Зміст її полягає в тому, що в житті людини і суспільства на рівні свідомості знімається антагонізм між владарюючими і підвладними, але не тому, що зникає необхідність управління, а тому, що воно набуває зміст самоуправління.

Бути членом громадянського суспільства значить мати самостійне переконання в тому, що є добро і зло, в чому полягає покликання людини, що таке право і держава та яка їх основна мета. Для людини з таким рівнем правосвідомості важливо мати самостійне переконання щодо питань політики: вона повинна розуміти природу політичного владарювання, усвідомлювати індивідуальну та соціальну цінність і призначання державної влади та права, мати свідому і зрілу волю спрямовану на державотворчу та правотворчу діяльність.

Без такого рівня правосвідомості неможливий правопорядок всередині суспільства та держави, вона притаманна людям дисциплінованим і відповідальним. Це правосвідомість волелюбних і в той самий час законотворчих громадян, які, перефразовуючи Цицерона, воліють бути рабами закону, щоб стати вільними.

Врешті-решт, громадянське суспільство неможливо уявити без такої складової правосвідомості, як взаємна повага людини до людини, людини до держави, держави до людини. Людина, як жива істота, не може існувати, не вступаючи у відносини (духовні, економічні, політичні) з іншими людьми, у цьому контексті вона є істотою суспільною. Крім цього вона є істотою правовою, виступаючи одночасно і суб'єктом, і творцем права. Правовими нормами є, перш за все, правила, які встановлені і визнані справедливими усіма учасниками суспільних відносин (чи принаймні їх активною більшістю). Можна сказати, що в основі нормальних правовідносин лежить взаємне визнання, в тому числі духовної цінності кожної окремої людини.

Через взаємну повагу і визнання невідчужувані, невід'ємні права людини, якими вона гіпотетично володіє як розумна істота, набувають реального втілення. Лише за умови визнання права іншого на життя, релігійну свободу, власність і відмову від свободи зазіхати на ці права, ми можемо сподіватися на рівноцінну відмову від такої свободи з боку іншого. Тому правопорядок необхідно розглядати, як свого роду систему взаємного визнання прав та відмову від абсолютної свободи учасників правовідносин.

Людина з високим рівнем правосвідомості поважає не лише себе та інших членів спільноти, але й державну владу, оскільки є одночасно і членом громадянського суспільства, і громадянином держави. Вона не дистанціюється від публічної влади і не протиставляє себе їй. Гармонійне поєднання громадянського суспільства та державної влади можливе лише за умови відповідного рівня правосвідомості громадянина, який усвідомлює себе не лише джерелом цієї влади, але й активним учасником процесу її здійснення. Крім цього, такий громадянин свідомий того, що державна влада є творчим джерелом позитивного права, а "громадянин, який не поважає джерело свого права, – зауважує І. Ільїн, – перестає поважати і саме право, він втрачає волю до правопорядку і тяжіє до правопорушення". Така повага до публічної влади та позитивного права є запорукою ефективності та стабільності існуючого політичного режиму і навпаки – її відсутність є початком його кінця.

Однак повагу до публічної влади з боку громадянина не слід розглядати як односторонній процес, вона можлива лише за умови рівноцінної поваги держави до людини. Рівень правосвідомості громадян змушує публічну владу з повагою ставитися до них, навіть у ситуації, коли авторитет влади, на перший погляд, є незаперечним. Повсякденна робота органів державної влади передбачає "обов'язковий мінімум довіри" до народу, тобто впевненість у тому, що громадяни здатні і згідні добровільно дотримуватися приписів права та закону. Влада, яка позбавлена цієї впевненості, яка ставиться до своїх підвладних без належної поваги, або змінить своє ставлення до громадян і тим самим поверне до себе довіру, або ж вона перестане існувати.

По-друге, громадянське суспільство – це наявність самоврядних об'єднань, діяльність яких спрямована на захист прав та свобод людини та громадянина. Саме такі інституційний підхід є сьогодні

домінуючим у правовій теорії. Так у своєму визначенні громадянського суспільства О. Петришин характеризує останнє як “сукупність добровільно сформованих громадських інституцій, котрі діють на самоврядних засадах у межах конституції та законів, за посередництвом яких індивіди реалізують свої основні невід’ємні права і свободи”. Виходячи з цього визначення громадянське суспільство має такі характерні властивості: а) його інститути обумовлені безпосередніми життєвими інтересами і потребами людей; б) воно відображає встановлення елементарного соціального взаємозв’язку між індивідами; в) воно має власну організаційну структуру, реально функціонує через певні громадянські інституції; г) інститути громадянського суспільства формуються добровільно і функціонують на засадах самоврядування; д) громадянське суспільство є найбільш адекватним середовищем формування й ефективного здійснення правових норм, а тому й виступає належним підґрунтям становлення та функціонування демократичної правової державності.

Доречно сказати, що в останні роки у вітчизняному правовому лексиконі все частіше з’являється поняття “громадянське суспільство” поряд з такими категоріями як: “держава”, “права людини”, “демократія”, “конституціоналізм”. Показовим є те, що в першому проекті Конституції України 1996 року містився окремий розділ “Громадянське суспільство і держава”, який однак не увійшов до тексту Основного Закону. Важливо також підкреслити, що в Законі України “Про засади внутрішньої і зовнішньої політики” від 1 липня 2010 року в статті 5, законодавець чітко визначив засади внутрішньої політики у сфері формування інститутів громадянського суспільства.

Повертаючись до питання дефініції “громадянське суспільство”, доцільно зауважити, що відповідно до інституціонального розуміння цього явища, основою будь-якого громадянського суспільства є незалежні самоврядні інститути, до яких найчастіше відносять: політичні партії (на першому етапі свого становлення, поки ще не стали частиною політичної системи держави), недержавні громадські організації, ЗМІ, профспілки, релігійні організації, навчально-освітні заклади, місцеве самоврядування. Подібний перелік інститутів, окрім політичних партій, визначений на рівні нормативно-правових актів України. Так, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 року № 976, під інститутами громадянського суспільства слід розуміти громадські організації, професійні та творчі спілки, організації роботодавців, благодійні та релігійні організації, органи самоорганізації населення, недержавні засоби масової інформації та інші невідприємницькі товариства й установи, легалізовані відповідно до законодавства.

Отже, базовим елементом громадянського суспільства є його незалежні самоврядні інститути, які в процесі взаємодії з органами державної влади виконують низку важливих легітимуючих функцій як всередині суспільства, так і в процесі його взаємодії з органами державної влади, зокрема:

1) інститути громадянського суспільства виступають гарантами непорушності особистих прав громадян, дають їм впевненість у своїх силах, служать опорою у їх можливому протистоянні з державною владою;

2) громадянське суспільство є засобом самовираження громадян, їх самоорганізації та самостійної реалізації ними власних інтересів;

3) інститути громадянського суспільства систематизують, впорядковують, надають урегульованості протестам і вимогам людей, які в іншому випадку могли мати руйнівний характер і в такий спосіб створюють сприятливі умови для функціонування державної влади

4) ці інститути виконують функцію захисту інтересів певної групи в її протиборстві з іншими групами інтересів і завдяки цьому кожна група отримує шанс “бути почутою на горі” владної піраміди;

5) інститути громадянського суспільства здійснюють ефективний контроль за формуванням та функціонуванням органів державної влади, встановлюючи межі їх компетенції;

6) за допомогою незалежних самоврядних інститутів громадянське суспільство має можливість безпосередньо впливати на процес прийняття важливих для суспільства та держави рішень, включаючи і законотворчість.

І нарешті *по-третє*, громадянське суспільство – це система правових норм, які регулюють взаємовідносини між людьми всередині цього суспільства, закріплюють правові основи функціонування громадських інститутів та встановлюють чітку процедуру взаємовпливу громадянського суспільства на державу і, навпаки, держави на громадянське суспільство.

Отже, громадянське суспільство – це суспільство в якому існують чітко визначені, впорядковані відносини між людьми, які знаходять своє закріплення як в традиціях і звичаях народу, так і в нормах

позитивного законодавства. Дотримання останніх зумовлене не стільки страхом перед можливістю застосування санкцій з боку держави у разі їх невиконання, скільки завдяки визнанню громадянами їх морального авторитету. Саме таке ставлення до правової норми стає можливим за умови безпосередньої участі народу в правотворчому процесі.

Це також норми, які визначають правовий статус інститутів громадянського суспільства. Рівень розвитку останніх значною мірою залежить від рівня їх правового забезпечення. Однією з основних проблем, що ускладнюють ефективність процесу взаємодії громадських інститутів та органів державної влади, є відсутність достатньої законодавчої бази, яка б чітко визначала права, обов'язки та гарантії діяльності як інститутів громадянського суспільства, так і органів державної влади.

Разом з тим це й норми, які закріплюють справедливу, демократичну процедуру взаємодії громадянського суспільства та держави, яка, зокрема, гарантує: активну участь громадян у прийнятті важливих для суспільства та держави рішень, включаючи правотворчу діяльність; можливість здійснення громадянського контролю за органами державної влади та судовий захист будь-якого порушеного права особи, а також право на судове оскарження дій адміністративних органів.

Підсумовуюче все вищезазначене, є всі підстави розглядати *громадянське суспільство* як правову категорію, яку можна визначити наступним чином – це *союз вільних індивідів, які, будучи правосвідомими членами спільноти, об'єдналися навколо основоположних правових цінностей і в організований спосіб за допомогою самоврядних інститутів захищають свої права та свободи у відносинах з органами державної влади на основі системи правових норм та справедливої, демократичної процедури.*



**Д. А. Костюкова,**

*Академия управления при Президенте Республики Беларусь (Беларусь)*

**А. С. Шпычак,**

*Академия управления при Президенте Республики Беларусь (Беларусь)*

## **СТУДЕНЧЕСКИЕ ИНИЦИАТИВЫ КАК ФОРМА ПРАКТИКООРИЕНТИРОВАННОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ**

Целью высшего образования является предоставление базовых знаний, необходимых для специализации в той или иной отрасли права. Тем не менее большинство выпускников не в состоянии применить свои знания на практике. По мнению В. Коледы, большинство выпускников совершенно не знакомы с основами ведения юридического бизнеса, не знают, что такое биллинг и для чего он ведется, не имеют навыков общения с клиентами. У них отсутствуют базовые знания по управлению проектами и тайм-менеджменту. На “доработку” толкового вузовского выпускника, как правило, уходит год–два, после чего его уже можно допускать к самостоятельной работе по некоторым направлениям деятельности: регистрация, трудовое право, взыскание дебиторской задолженности [1].

Возможно, отчасти проблема заключается в том, что у вузов нет обратной связи с государственными органами и учреждениями, юридическими компаниями и корпоративными юристами. Поэтому студенты в большей степени овладевают теоретическими знаниями, а не практическими навыками. Обратная связь представляется необходимой в связи с тем, что будущие юристы уже на этапе учебы должны не только получить представление о практике применения норм права, но и сделать окончательный выбор специализации. Однако определиться с выбором студенты не могут, так как практические занятия по юридическим предметам дублируют лекционный курс, но не дают ответа на вопрос: как применить полученные знания на практике. В течение учебного года студенты 9 месяцев изучают юридическую теорию и только летом на 3–4 недели направляются в местные исполкомы, суды или органы прокуратуры для получения практического опыта. Этого времени недостаточно для наработки профессиональных навыков, практического закрепления и систематизации теоретических знаний.

Будущим юристам не хватает “живых” семинарских занятий с реальными примерами, круглых столов, лекций практикующих юристов. Такие формы обучения намного полезнее теоретических семинаров, на которых решаются устаревшие задачи. Полагаем, что сочетание научной и практической деятельности является позитивным фактором в обеспечении повышения конкурентоспособности выпускников юридического факультета.

В связи с вышеуказанными проблемами юридического образования, при кафедре теории и истории государства и права Академии управления при Президенте Республики Беларусь был инициирован студенческий проект “Практика современной юриспруденции”. Данный проект является практикоориентированной формой деятельности студентов с целью совершенствования практической составляющей в подготовке студентов специальности “Государственное управление и право”.

Созданный проект обеспечивает высокоэффективную подготовку юридических кадров и способствует максимальному сокращению периода социальной, психологической и профессиональной адаптации к работе в государственных органах и учреждениях, посредством следующих организационных форм: посещений различных государственных органов и учреждений, организации встреч с юристами-практиками, мастер-классов и круглых столов.

Кодекс Республики Беларусь об образовании [2], принятый в 2011 году, позволяет нормативно регламентировать студенческие инициативы, касающиеся образовательного процесса. Внедрение практикоориентированных форм и методов юридического образования соответствует Государственной программе инновационного развития Республики Беларусь [3] и является органическим дополнением к академическим методикам, обогащая университетское образование.

В рамках деятельности проекта были проведены такие мероприятия как посещение органов судебной системы, в том числе Конституционного и Высшего Хозяйственного судов, учреждений уголовно-исполнительной системы, Национального Собрания Республики Беларусь, организация круглых столов с представителями государственных органов, проведение мастер-классов с юристами-практиками, в том числе по написанию исковых заявлений. В результате реализации целей студенческого проекта «Практика современной юриспруденции» наблюдается значительное повышение успеваемости студентов по отраслевым дисциплинам. Деятельность проекта также оказала влияние на профессиональную ориентацию студентов, что позволило многим значительно раньше определиться с выбором будущей профессии. Следует отметить, что студенты, задействованные в проекте, соприкасаются с «живым» правом гораздо раньше, чем предусмотрено учебным планом.

Полагаем, что студенческий проект является альтернативой существующим во многих вузах узкоспециализированным юридическим клиникам, так как значительно расширяет профессиональный кругозор студентов не только в гражданско-правовой, но и в уголовно-правовой, конституционно-правовой и иных сферах. К тому же, в условиях жесткой конкуренции на рынке труда, где предложение превышает спрос, является необходимым как повышение качества образования специалистов, так и взаимодействие потенциальных работодателей с кандидатами на ту или иную должность с целью отбора наиболее подходящих еще до окончания вуза, что является стратегической целью подобных практикоориентированных проектов.

#### **Список использованных источников:**

1. Латышева М. Проблемы юридического образования в Республике Беларусь / М. Латышева // Юридический мир. – 2012. – № 3.
2. Кодекс Республики Беларусь об образовании от 13.01.2011 № 243-З: в ред. от 26.05.2012 // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Об утверждении плана реализации Государственной программы инновационного развития Республики Беларусь на 2007–2010 годы: Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 25.07.2007 № 523: в ред. от 04.07.2012 № 621 // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

**С. І. Крамар,**

голова Господарського суду Хмельницької області, здобувач кафедри історії та теорії держави і права Національного університету "Острозька академія"

## ПЕРШІ ПИСЕМНІ ДЖЕРЕЛА СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У МІСТІ КАМ'ЯНЕЦЬ НА ПОДІЛЛІ

Для того, щоб зацікавити переселенців на вільні подільські землі, надавались різні пільги та привілеї. Зокрема, звільнення на певний період від усіх чи деяких повинностей, віднесення місцевості, що заселяється, із розряду сільських поселень у міські з встановленням торгів і ярмарок, наданням самоуправління та самосуду і т. п. Мета цих пільг полягала в тому, щоб сприяти якомога швидшому заселенню місцевості. Про це безпосередньо відмічалось у жалуваних князями грамотах.

Подільські князі Коріатовичі при розбудові подільських міст скористались виробленими історією нормами німецького права. У 1374 році Юрій та Олександр видали Кам'янцю лист. Історики вбачають у листі 1374 року запозичення зовнішніх форм німецького, чи магдебурзького права, хоча у акті і немає його найменування. Цей лист є найдавнішим слідом проникнення німецького права на Поділля. Його було написано староукраїнською мовою, якою велася документація в литовсько-українській державі. Оригінал листа не зберігся.

Запис у книзі люстрації Теребовлянського замку (1564 р.): "*Rayce i mieszczanie Kamienieccy prawa Maydeburskiego... ukazali list stary Ruski Jurego Kmietowicza* (очевидно помилка, – замість: *Koriatowicza*) *kniazia Podolskiego i brata iego kniazia Alexandra na zasadzenie miasta Kamienieckiego tysiacznego trzechsetnego siedmdziesiatego czwartego, dobry list stary qxiatenus in usu*" підтверджує факт написання даного листа староукраїнською мовою. [1, с. 18]

Лист 1374 року є першим датованим документом, що безпосередньо стосується Кам'янця-Подільського. Давньоруський текст його не зберігся, маємо тільки дві редакції польського перекладу: давнішу за виписом 1564 року, пізнішу за виписом 18 ст. Польський переклад листа неодноразово друкувався. Відомі публікації цього документу польським істориком О. Пшездецьким (Вільно, 1841), подільським церковним істориком Д. Синицьким (Кам'янець-Подільський, 1868), українськими істориками Н. Молчановським (Київ, 1885), М. Грушевським (Львів, 1906).

У бібліотеці Подільського братства у Кам'янці-Подільському знаходимо не облікований рукописний текст грамоти Коріатовичів 1374 року зроблений подільським краєзнавцем Ю. Сіцінським. Цитуємо згідно тексту: "*Подаємо грамоту Юрія Коріатовича 1374 р. в русько-українським перекладі (придержуючись тексту, надрукованого у Грушевського з доповненням по редакції Каменецького магістрату).*"

Окремі елементи українського тексту грамоти 1374 року, знаходимо у праці Ю. Сіцінського "Нариси з історичної топографії міста Кам'янця-Подільського та його околиць" (1930 р.) [2, с. 48].

У примітках до розділу IV "Міщанство. Духовенство" тому 5 праці "Історія України-Руси" М. Грушевський вказує, що "*Оригіналу грамоти не маємо, тільки пізніші копії; найдавніша в ревізії при 1564 р., але вже з виразними слідами пізнішої модифікації (що вона підправлена і в копії 1564 р., на се окрім мови вказують нпр. такі вирази пізніших часів як "князь, земянин або дворянин" для означення суспільних верств – термінологія пізніша, що в Подільській землі 1370-х рр. не могли мати місця.)* Одне не можна сумнівати ся, що в основі її лежала правдива грамота Коріатовичів: не шаблонна її форма, вказівки на організацію Поділля з перед польського права, не кажучи про імена свідків, свідчать про се виразно. " [3, с. 229]

Окремо варто звернути увагу на повний текст грамоти Коріатовичів 1374 року українською мовою, поданий О. Пламеницькою у дослідженні, присвяченому Кам'янцю-Подільському. [4, с. 32 – 33]

Проведене нами порівняльне дослідження наведених текстів грамоти Коріатовичів 1374 року дає усі підстави стверджувати, що такі тексти не містять суттєвих розбіжностей.

Разом з тим, О. Пламеницька вказує, що у польських архівних документах початку XVI ст., що зберігаються в Головному Архіві Давніх Актів у Варшаві, дослідники знайшли повідомлення про те, що Казимир Великий ще до появи на Поділлі Коріатовичів надав Кам'янцю важливий привілей, про

підтвердження якого періодично дбали представники польської громади. Дослідники припускають, що цей привілей стосувався перших поляків-католиків, що оселилися в місті на початку XIV ст. і організували громаду на засадах магдебурзького права. Такий перебіг подій був цілком “в дусі” зовнішньої політики Казимира. Цей привілей відіграв у історії міста роль першого (на той час не реалізованого) акту на самоврядування за магдебурзьким правом. У бурхливому вирі історичних подій він загубився, і його роль згодом приписали пізнішому документу – грамоті 1374 року. [4, с. 30–31]

Грамота 1374 року, за переконанням О. Пламеницької, не була документом, що вперше впроваджував магдебурзьке право в місті. За формою і змістом вона значно відрізняється від типових локаційних привілеїв на німецькому праві, зрештою в ні взагалі не йдеться про магдебурзьке право, натомість вказано, що міщани мають судитися “своїм правом перед своїми райцями”. Грамота була доповненням до попереднього документу про надання місту магдебурзького права, в якому, як це зазвичай робилося, була пряма вказівка на “німецьке” або “магдебурзьке” право. Очевидно ним був старий привілей Казимира Великого, про який згадувалося в документі початку XVI ст. і який не зберігся. Невеличка за часів Казимира Великого польська громада Кам’янця, що не мала юридичного статусу, не могла реально втілити цей акт в життя. Магдебурзьке право залишилося “на папері”, доки в Кам’янці не з’явилися князі Коріатовичі. Вони реалізували магдебурзький привілей Казимира, втім, зважаючи на специфіку міста, в якому чисельно переважали громади українців і вірменів, а поляки були в меншості, видали місту “універсальну грамоту”, за якою різним громадам дозволялося судитися “за своїм правом”; в грамоті зумисне не конкретизовано – яким саме. [4, с. 34]

Таким чином, за роки правління Олександра Коріатовича Кам’янець став адміністративним і культурним центром краю. Грамота 1374 року – перший етап набуття містом Кам’янцем магдебурзького права. Наступний етап впровадження самоврядування в Кам’янці відбувся після 1432 року вже у складі Польщі. Місто, єдине на той час в усіх українських землях, отримало повний обсяг привілеїв за магдебурзьким правом.

#### **Список використаних джерел:**

1. Сіцинський Ю. Поділя під владою Литви: монографія / Ю. Сіцинський; упоряд. : Д. Вашук, М. Мошак. – Кам’янець-Подільський, 2009. – 160 с.
2. Сіцинський Ю. Нариси з історичної топографії міста Кам’янця-Подільського та його околиць / Ю. Сіцинський. – Кам’янець-Подільський: Подільське братство, 1994. – 60 с.
3. Грушевський М. С. Історія України-Руси: у 8 т. / М. С. Грушевський. – Т. 5. – Львів: Наукове Товариство ім. Шевченка, 1905 – 708 с.
4. Пламеницька О. Кам’янець-Подільський / О. Пламеницька. – К. Абрис, 2004. – 256 с.



**Р. С. Мартинюк,**

*кандидат політичних наук, доцент, кафедра державно-правових дисциплін права Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету "Острозька академія"*

### **ЧИ МОЖЛИВО КЛАСИФІКУВАТИ ФОРМУ ПРАВЛІННЯ В УКРАЇНІ ЯК ЗМІШАНУ РЕСПУБЛІКУ?**

У роботах як вітчизняних так і зарубіжних дослідників форма правління, що існує в Україні, визначається звичайно змішаною республікою. Багато авторів, однак, роблять більш-менш суттєві застереження щодо такого визначення, інші вказують на атиповість форми правління, запровадженої у більшості пострадянських республік Східної Європи та Азії, зокрема, і в Україні.

Усі змішані республіки, за зразком історично першої "повноцінної" змішаної П'ятої Французької Республіки демонструють певний усталений набір атрибутів. І хоча в деталях змішані республіки можуть сильно відрізнятися, поєднуючи в собі різні елементи "класичних" республіканських форм правління, тим не менше, можливо виділити базисні інститути, які і дають підстави класифікувати відповідні республіканські форми правління як змішані. Важливо відзначити, що наявність у конструкції конкретної форми правління окремих елементів президентської і парламентарної республік саме по собі не є достатньою підставою для її визначення як змішаної. Сутність змішаної республіки не зводиться до поєднання елементів президентської і парламентарної форм правління; синтез цих елементів у змішаній республіці викликає появу в останньої цілком специфічних і неповторних рис. Саме ці неповторні риси дають підстави вважати змішану республіку цілком самобутньою формою правління.

До числа найважливіших атрибутів змішаної республіки слід віднести інститут всенародно обраного президента, функціональну спеціалізацію глави держави на забезпеченні єдності державної влади, парламентський спосіб формування уряду, парламентську інвеституру уряду, парламентську відповідальність уряду, дуалізм виконавчої влади, інститут контрасигнатури.

Аналіз Основного Закону України свідчить, що його укладачами багато в чому була сприйнята концепція змішаної республіки. Конструювання механізму влади в Конституції України здійснювалося під її визначальним впливом, а безпосереднім прототипом вітчизняної форми правління була змішана Французька П'ята Республіка. Основний Закон України принаймні безпосередньо сприйняв такі важливі атрибути П'ятої Республіки як порядок призначення складу уряду, інститут парламентської відповідальності уряду, право глави держави ініціювати відставку прем'єра і феномен дуалізму виконавчої влади, що перебуває під керівництвом двох суб'єктів – Прем'єр-міністра України та Президента України. Проте інші важливі атрибути французького раціоналізованого парламентаризму, зокрема, парламентська інвеститура Уряду і право Глави держави достроково припиняти повноваження Прем'єра тільки за згодою останнього, які грають, без перебільшення, ключову і визначальну роль у забезпеченні реального балансу влад, були розробниками Основного Закону "не помічені" і в Конституції України закріплення не знайшли. Причину цього слід вбачати в деяких безпосередніх факторах впливу на процес конституційного нормотворення в Україні в 1996 р. Серед них далеко не останню роль зіграв суб'єктивний фактор – вплив домінуючого на момент прийняття Основного Закону України владарючого суб'єкта – Президента України. Матеріальним конституційно-правовим вираженням згаданого чинника стали деякі "оригінальні" особливості прийнятої в Україні форми правління. Маючи ряд формально-правових ознак змішаної республіки, в інших своїх нормативних, а особливо функціональних характеристиках ця форма правління виявляє схожість (тяжіє) до президентської республіки. Суттєвими рисами, які засвідчують принципову близькість форми правління в Україні до президентської республіки, є дуже близький до позапарламентського спосіб формування уряду, відсутність парламентської інвеститури останнього, надмірне ускладнення інституту парламентської відповідальності уряду, нівелювання феномена дуалізму виконавчої влади, формальний характер інституту контрасигнатури, адміністративна залежність Прем'єра від Президента, стабільне домінування Глави держави у взаєминах з органом законодавчої влади.

Зокрема, в Україні запроваджено спосіб формування уряду, який погано відповідає усталеним теорії і практиці змішаних республік. Роль Верховної Ради України у процедурі формування Кабінету Міністрів України зводиться фактично до надання згоди на призначення Президентом України Прем'єр-міністра України. При цьому Основний Закон України не встановлює заборони для Глави держави здійснити повторне подання на розгляд Верховної Ради України попередньо не схваленої кандидатури Прем'єра і тим самим фактично робить можливим здійснення відповідного повноваження Президента України як форми тиску на законодавчий орган. Відсутність же в Законі України "Про Кабінет Міністрів України" положень про посередницькі повноваження Президента України у процедурі призначення Глави Уряду є знаковою і відображає намір надати формі правління риси президентської республіки.

Найважливішою проблемою у встановленому Основним Законом України порядку формування Кабінету Міністрів України є несуттєвий характер участі у ньому законодавчого органу. Ситуація, за якої від участі у формуванні Уряду усувається не тільки Парламент у цілому, але й провідні політичні партії, які, отримуючи більшість депутатських мандатів, залишаються позбавленими можливості безпосередньо через Уряд реалізувати свою програму діяльності, взяти на себе політичну відповідальність за результати урядової політики, фактично руйнує механізм легітимації змішаної форми правління.

У характеристиці способу утворення вищого органу виконавчої влади у змішаних республіках ключовим є питання парламентської інвеститури уряду. Змішана форма правління передбачає реальну участь парламенту у формуванні уряду, основним механізмом чого і виступає процедура інвеститури уряду. Парламентська інвеститура уряду – конституційно-правова вимога схвалення парламентом програми діяльності уряду, що одночасно є схваленням і складу уряду. Тільки уряд, який отримав довіру парламенту, може приступити до виконання своїх повноважень. Незалежно від того, якою є участь глави держави у процедурі формування вищого органу виконавчої влади, необхідність парламентської інвеститури уряду змушує президента формувати такий склад кабінету, який може знайти підтримку парламентських фракцій, що утворюють більшість у парламенті, тобто уряд, похідний від волевиявлення цієї більшості. Основний Закон України не містить положень про парламентську інвеституру Уряду у її класичному вимірі, а тому не встановлює і безпосереднього взаємозв'язку між фактом несхвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України та його відставкою. Положення Конституції України, про те, що Верховна Рада України здійснює "розгляд і прийняття рішення щодо схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України" залишає нез'ясованим, тягне чи ні за собою відставку Кабінету Міністрів України відмова Верховної Ради України у підтримці Програми діяльності Уряду. Не встановлені і терміни розгляду Програми Уряду. Більше того, Закон "Про Кабінет Міністрів України" робить просто безглуздою парламентську інвеституру, оскільки містить положення, яке гласить: "Програма діяльності Кабінету Міністрів України базується на передвиборній програмі Президента України" і тим самим розриває зв'язок між програмними засадами коаліційної угоди, укладеної фракціями парламентської більшості та Програмою діяльності Уряду, зв'язок, який вважається принциповою характеристикою будь-якої змішаної республіки. Відсутність інвеститури уряду в Основному Законі України є ще одним проявом жорсткого поділу влади.

Серйозними проблемами в Україні позначене застосування парламентської відповідальності Уряду. Надмірне ускладнення парламентської відповідальності Кабінету Міністрів України обумовлюється положенням Основного Закону щодо необхідності заяви Прем'єр-міністра України про відставку Президенту України в результаті отриманої від Верховної Ради України резолюції недовіри. Згадана конституційна умова, зрозуміло, зумовлює постановку питання про те, як може відбутися відставка Уряду в результаті застосування резолюції недовіри, якщо Прем'єр-міністр України відповідної заяви не зробить або навіть якщо заява буде мати місце, Глава держави її не підпише? Конституція України взагалі не встановлює обов'язку Президента України підписувати заяву Прем'єр-міністра України про відставку. Останнє слово за Президентом України в питанні дострокового припинення повноважень Кабінету Міністрів України в разі прийняття Верховною Радою України резолюції недовіри Уряду підтверджується (на випадок можливих сумнівів у цьому) положенням Конституції України про те, що Президент України "припиняє повноваження Прем'єр-міністра України та приймає рішення про його відставку". Такий формат взаємин між Президентом України – реальним главою виконавчої влади та Верховною Радою України теж відповідає умовам жорсткого поділу влади у класичній президентській республіці.

Інститут контрасигнатури в українській практиці є ще одним конституційно-правовим “привидом”, який, у силу адміністративної залежності Прем’єр-міністра України від Президента України, об’єктивно, не може знайти можливості для реального застосування.

В усталеній конституційно-правовій теорії інститут контрасигнатури розглядається, крім іншого, засобом контролю уряду за конституційністю політики глави держави, яка оформляється його актами: прем’єр і (чи) профільний міністр беруть до виконання, і тим самим підтверджують юридичну силу (чинність) конституційних актів президента. Однак Закон України “Про Кабінет Міністрів України” встановлює категоричну вимогу до Прем’єра і профільного міністра контрасигнувати відповідний акт Президента України своїми підписами у п’ятиденний строк з дня надходження акта для скріплення і тим самим нівелює сенс контрасигнатури як елемента системи стримувань і противаг у взаємовідносинах між главою держави і прем’єром.

Ще однією ключовою і неповторною характеристикою змішаної республіки, яка принципово відрізняє її від класичних республіканських форм правління, є дуалізм виконавчої влади. Згаданий дуалізм відображає наявність двох керівних центрів у сфері виконавчої влади – власне кабінету міністрів і глави держави, функціонально з’єднаних між собою. Сумісна компетенція глави держави й уряду у виконавчій сфері відображає намагання розробників концепції раціоналізованого парламентаризму поєднати кращі риси президентської та парламентарної форм правління в організації виконавчої влади – високу функціональну ефективність уряду завдяки залученню до його формування та координації поточної урядової політики глави держави та наявності достатньо самостійного у своїх рішеннях і діях прем’єра – представника парламентської більшості. Розробники зазначеної концепції також ураховували той факт, що парадоксальною рисою класичного парламентаризму є перманентне домінування у системі поділу влади уряду, і, зокрема, прем’єра. За сприятливого збігу політичних обставин концентрація владних важелів впливу, переважно юридично нерегламентованих, у руках прем’єра може набувати загрозливого характеру. Президентська ж форма правління завжди несе в собі загрозу гіпертрофії інституту президента – насамперед завдяки персоналізації усіх виконавчих повноважень в особі глави держави. Змішана форма правління повинна бути вільною від згаданих дефектів парламентарної та президентської республік, і саме засобом запровадження дуалізму виконавчої влади. Наявність двох центрів виконавчої влади, уособлюваних главою держави і прем’єром, за будь-якої партійної приналежності цих суб’єктів унеможливорює концентрацію владних повноважень у руках одного з них.

Нажаль, наявні в розпорядженні Президента України важелі впливу на стан справ в урядовій сфері, зокрема, право Президента України скасовувати акти Кабінету Міністрів України, призначати і звільняти з посад членів Уряду, керівників інших центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих державних адміністрацій, імперативний характер указів Президента України для Кабінету Міністрів України та відсутність у конституційному тексті положення про те, під чийм головуванням проходять засідання Уряду, зумовлюють повну залежність Уряду і, зокрема, Прем’єра від Президента України й перетворюють останнього на фактичного главу виконавчої влади, а Прем’єр-міністра України – на адміністративного прем’єра. Інші вище проаналізовані фактори, зокрема, – відсутність у Конституції України положень про парламентську інвеституру Уряду та вимоги добровільної заяви Прем’єра про відставку, ініційованої Главою держави, повністю нівелюють дуалізм виконавчої влади.

У характеристиці української форми правління слід взяти до уваги й ту обставину, що у змішаній республіці взаємозв’язок політичних партій та уряду складає основу організації і функціонування останнього. Вказана обставина, поряд з іншими, які відображають визначальну роль політичних партій в організації механізму влади змішаної республіки, дозволяє визначати змішані республіки “правлінням партій”. За цим критерієм форма в Україні найменшою мірою відповідає згаданому визначенню.

Конституції більшості держав зі змішаною формою правління припускають можливість своєрідного “дрейфу” форми правління у межах змін співвідношення владних повноважень між президентом і прем’єр-міністром. У змішаній республіці, у залежності від того, збігається чи ні партійне “забарвлення” парламентської більшості і президента, форма правління може змінюватися від напівпарламентарної до напівпрезидентської. Беручи до уваги зазначену характеристику, змішана республіка може бути визначена і як “змінна” форма правління. В Україні зміна президентської і парламентської “фаз” неможлива. Існуючі конституційно-правові запобіжники зменшення політичної ваги Глави держави роблять форму правління в Україні цілком статичною – вона не зазнає жодних принципівих змін і фактично не залежить від наявності чи відсутності в Парламенті союзної Президенту коаліційної більшості.

З урахуванням сказаного вище існуюча в Україні форма правління якщо і може бути визначена як змішана, то з істотними застереженнями. Видається, що більш науково коректно її слід класифікувати як президенціалізовану перехідну (проміжну) між змішаною і президентською формами правління.

Згадану форму правління не слід вважати оригінальною. Президенціалізована перехідна республіка стала типовою для посткомуністичних країн євразійського простору, які часто виявляють досить еклектичне поєднання елементів змішаної і президентської форм правління, що значно ускладнює аналіз конституційно-правового статусу вищих органів держави з відповідних концептуальних позицій. Євразійські пострадянські політичні системи характеризує слабкість, а то й повна відсутність демократичних традицій, високої політико-правової культури суспільства в цілому і його еліти зокрема, розвинутої партійної системи і нерозвиненість парламентаризму. Для багатьох країн євразійського регіону й України, зокрема, домінування інституту президента над іншими елементами механізму держави, беззастережне підпорядкування главі держави уряду стали загальною тенденцією державно-правового розвитку. Об'єктивно, що згадана тенденція була закріплена (і посилена) формально-юридично.



**А. І. Мельник,**

*аспірант кафедри історії держави і права та політико-правових учень Львівського національного університету ім. Івана Франка*

## **УКРАЇНСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ІДЕЯ ЯК ДЕТЕРМІНАНТА ДЕРЖАВОТВОРЧИХ ІДЕАЛІВ Ю. РОМАНЧУКА**

Формування та розвиток державно-правових поглядів Ю. Романчука, їх вплив на процеси духовно-культурного й політичного самовизначення українського народу тісно пов'язані зі генезисом українського національного руху, активним учасником якого він став у другій половині XIX ст., тобто в період, коли піднесення українського руху, зумовлене процесами національного відродження та подіями “весни народів” 1848 р., змінилось падінням у післяреволюційні часи.

Його становлення як громадського діяча і політика, популяризатора соборницького ідеалу відбувалось на творах Т. Шевченка, П. Куліша, О. Кониського, М. Костомарова, які стояли на ґрунті національного самоутвердження та визнання національної єдності всіх українців. У подальшому Ю. Романчук впорядковував і зміцнював своє світобачення на ґрунті європейського романтизму: вивчав праці Г. Гегеля, Й. Гердера, Ф. Шеллінга, Й. Фіхте, які сприяли виробленню філософських засад національного самоусвідомлення та самовизначення. Під їх впливом став прихильником ідеї визволення народів з під чужої влади та створення власної держави, сповідував ідеали лібералізму й націоналізму.

Важливу роль у популяризації національних прав українців відігравали керовані Ю. Романчуком громадські організації, насамперед “Просвіта” та друковані видання – журнал “Правда” (1873р.), газета “Батьківщина” (1879р.), газета “Діло” (1880р.) та ін. На шпальтах яких друкувались матеріали, покликані формувати в свідомості широких мас (селян, робітників, ремісників) здатність відстоювати не лише свої соціальні й культурні права, але й “заряджатися” новим почуттям людської гідності та громадської гордості, перейматися духом національної свідомості.

Усвідомлюючи, що без підтримки народу втілити в життя національну ідею неможливо, Ю. Романчук докладав повсякденних зусиль, щоб український культурно-просвітницький рух набув загальнонаціонального характеру, щоб погляди й переконання інтелектуалів Галичини стали основою національної єдності всіх українських земель. З цією метою він організовував всенародні віче, ювілейні свята всеукраїнського значення, інші культурно-просвітні заходи.

У середині 80-х років Ю. Романчук став активним учасником політичного процесу. За підтримки Омеляна та Олександра Огоновських, В. Нагірного, О. Стефановича, І. Белея, К. Левицького, С. Качали, І. Борискевича, Й. Заячківського, М. Січинського, О. Барвінського, М. Бучинського бере участь у створенні “Народної ради” – політичної організації народовців, і в 1885 р. стає її керівником. Як показав аналіз, в основу, розробленої Ю. Романчуком, і затвердженої першими загальними зборами “Народної Ради” (2 лютого 1888 року), “Програми політично-народного становища, змагань і діяльності Русинів” було покладено ідею визнання національної окремішності розділеного між двома державами українського народу.

Власну позицію з цього приводу Ю. Романчук оприлюднив 21 січня 1886 р. в інтерв’ю газеті “Діло”, де зазначив, що заради досягнення самостійності українці повинні об’єднатися як поляки, росіяни і чехи [1, с. 21].

З тактичних міркувань народовці, правда, не відразу наважились включити до стратегічних завдань своєї партії проблему відновлення української держави. Їх політична й правова позиція ґрунтувалась на національно-культурницькій програмі, ідеї соборності українського народу та концепції автономії українських земель у складі Австро-Угорщини. На думку О. Аркуші, це було пов’язано з трьома причинами. По-перше, оприлюдненню ідеї проголошення української держави перешкоджав народовсько-старорусинський союз, який зумовлював недоцільність наголошення на національній програмі; по-друге, усвідомлення народовцями факту, що в умовах Галичини їх розрив з русофілами передбачає хоч би частковий тактичний компроміс з польською стороною, а відтак – небажання акцентувати увагу на далекосяжній меті національного руху, яка безумовно суперечила польським прагненням; врешті, по-

третє, ситуація в Австрійській державі, де в 70–80-х роках домінувала відносна стабілізація й офіційно утверджувалася концепція держави як спільного дому для всіх народів [2, с. 118-139].

Як європейський політик Ю. Романчук прагнув реалізувати український державницький ідеал парламентарським шляхом. Конституційні та інші нормативно-правові акти Австро-Угорщини, які регулювали національні відносини та визначали статус галицьких українців, як відомо, не забороняли проводити державно-правові реформи для забезпечення їх юридичної рівності. Австрійське законодавство передбачало розробку механізмів, покликаних адаптувати місцеві органи самоврядування до правової системи держави, а, значить, було легітимним підґрунтям у процесі самоорганізації та політичного самовизначення українського населення.

У 1883 р. Ю. Романчук став депутатом Галицького крайового сейму. З його приходом тут починають регулярно обговорюватись національні проблеми українців, на які раніше депутати практично не звертали уваги. Активно захищав Ю. Романчук українські національні інтереси у віденському парламенті, депутатом якого став у 1891 р. Особливу увагу тут приділяв проблемі відкриття українського університету у Львові, де, як відомо, після ухвалення сеймом у 1868 році рішення про цілковиту колонізацію місцевого університету, українці були позбавлені права навчатися рідною мовою. Як керівник українського представництва Ю. Романчук гостро засуджував асиміляційну політику, і неодноразово вносив на розгляд депутатів проекти резолюцій щодо заснування у Львові українського національного університету. Першим кроком до розв'язання цієї проблеми, вважав він, має стати бажання уряду визнати потребу існування українського вузу. “Русини, – зазначав Ю. Романчук, – вбачають у створенні університету запоруку національної величі і рівноправності з іншими народами” [3, с. 421-431].

Ця проблема, як видно з аналізу, мала яскраво виражений політичний характер. Адже відкриття національного університету не лише підвищувало статус української мови в австро-угорській державі, а й сприяло зміцненню українського руху загалом. Цього, власне, австрійська влада не бажала допускати й всіляко затягувала з прийняттям відповідного рішення.

Однак парламентські методи боротьби за національні права українців визнавали не всі політики. Опоненти Ю. Романчука, зокрема представники нової генерації, які в середині 70-х рр. започаткували в українському русі радикальну течію, вважали, що Україна може здобути свободу лише внаслідок соціальної революції. Тоді, як Ю. Романчук не сприймав насильницької ідеології, як і категоричних виступів проти церкви і духовенства, які мали чималі заслуги перед українцями в Галичині.

Будучи прихильником еволюційного розвитку суспільства, Ю. Романчук вважав, що шляхом суспільних реформ можна здобути свободу й для українського народу. Тому намагався підтримувати діалог з державними інституціями, незважаючи на дошкульну критику з боку своїх політичних противників. Найкрасномовніше засвідчила це так звана новоєрівська угода, яка викликала неоднозначний резонанс у галицькому суспільстві. З одного боку, в Галичині організовувалися масові віча на її підтримку, газети й журнали писали про “нову ситуацію” в житті русинів [4, № 273-275; 289.], а О. Кониський, наприклад, вважав, що завдяки домовленостям з поляками, галицькі українці за чотири роки добилися більше, ніж за останні 35 без “ нової ери”. З іншого боку, домовленості з “Польським колом” поглибили суперечності між українськими політичними силами.

На нашу думку, “новоєрівська угода” об'єктивно відповідала вимогам часу й була значним досягненням українського визвольного руху. Як зазначає В. Булачек, вона “спричинила офіційне визнання короною (вперше) і польським політичним табором (остаточно) ідеї окремішності й соборності української нації” [5, с. 42-47.]. Окрім цього, угода зумовила політичну реструктуризацію українського національного руху в Галичині, дала змогу народовцям заявити про себе як про політичну силу, здатну самостійно реалізовувати на практиці українську національну ідею. Вже через два роки, після її підписання, “Народна Рада” проголосила кінцевою метою своєї діяльності об'єднання українців Галичини і Наддніпрянщини в самостійну Українську державу.

Отже, в суспільно-політичній діяльності Ю. Романчука відобразилась основна віха періоду національно-визвольних змагань другої половини XIX століття: поступове звернення галичанства до переконання необхідності створення суверенної української держави. Не випадково в 1899 році Ю. Романчука як послідовного борця за національну ідею обирають головою найпопулярнішої в Галичині Української націонал-демократичної партії, яка поставила собі за мету “щоби цілий українсько-руський народ здобув собі культурну, економічну і політичну самостійність та з'єднався з часом в однопільний національний організм” [6, с. 199-20].

Доля подарувала Ю. Романчуку можливість побачити реалізацію української національної ідеї на практиці. Як найстарший депутат Української Національної Ради Західноукраїнської Народної Республіки він, 10 листопада 1918 р., взяв безпосередню участь у справі конституювання, відновленої на українській етнографічній території в Австро-Угорщині, Української держави – привів до присяги членів Державного секретаріату – уряду ЗУНР.

**Список використаних джерел:**

1. Перський С. Популярна історія товариства “Просвіта”. – Л., 1928.
2. Аркуша Олена. Український національно-політичний рух у Галичині наприкінці 80-х рр. XIX ст. / Олена Аркуша // Україна: культурна спадщина, національна свідомість, державність. – К., 1997. – Вип. 3–4.
3. Качмар В. Питання про створення українського університету у Львові в австрійському парламенті на початку XX ст. // Львів: місто-суспільство-культура. Збірник наукових праць / За редакцією Мар’яна Мудрого. – Львів: ЛДУ ім. Івана Франка, 1999.
4. Нова ситуація // Діло. – 1890.
5. Булачек Володимир. Взаємини Ю. Романчука і москвофілів у першій половині 1890 р. – Україна: культурна спадщина, національна свідомість, державність. – Л. 2008.
6. Винник Н. М. Українські партії Галичини наприкінці XIX-на початку XX століття в сучасній українській історіографії // Наукові записки Тернопільського національного педагогічного університету імені Володимира Гнатюка. Серія: Історія / За заг. ред. проф. І. С. Зуляка. – Тернопіль: Вид-во ТНПУ ім. В. Гнатюка, 2007. – Вип. 1.

**Ю. М. Никитенко,**

*старший преподаватель кафедры трудового права, соискатель кафедры теории государства и права Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего профессионального образования “Саратовская государственная юридическая академия” (Россия)*

## **ПЕРСОНАЛЬНО-ЛИЧНОСТНЫЙ АСПЕКТ ХАРАКТЕРИСТИКИ СУБЪЕКТА ЛОКАЛЬНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Личностный подход субъекта локальной юридической деятельности предполагает исследование персонального состава, осуществляющего юридическую деятельность. По этому поводу в юридической литературе обнаруживаются различные точки зрения. В некоторых научных разработках в качестве субъектов юридической деятельности обозначаются должностные лица [1] либо “должностные лица, наделенные государственно-властными полномочиями” [2]. Другие авторы предпочитают говорить о “работниках, имеющих правовую и иную специальную подготовку в конкретной области экономики, экологии, административного строительства, владеющие современными методами управления и хозяйствования” [3].

Понятие “должностное лицо” весьма часто встречается в различных законодательных и нормативных актах Российской Федерации. Согласно примечанию к ст. 285 УК РФ под должностным лицом понимаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти, либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, а также вооруженных силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации [4]. Неохваченными данным понятием остались служащие государственных и муниципальных предприятий, а также должностные лица коммерческих и некоммерческих организаций, относительно которых уголовное законодательство использует дефиницию “лица, выполняющие управленческие функции”. В примечании к ст. 201 УК РФ последние определяются как выполняющие управленческие функции в коммерческой или иной организации, а также некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением лица, выполняющие функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа, а также лица, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в этих организациях. Анализ определений, данных в ст. ст. 201, 285, 318 УК РФ, позволяет сделать вывод о том, что разграничение понятий “должностное лицо” и “лицо, выполняющее управленческие функции”, проведено в уголовном законе, главным образом, исходя из особенностей соответствующей категории субъектов управления. Невьясненным остается вопрос о сущности дефиниции “управленческие функции”, которая по замыслу законодателя, раскрывается через выяснение организационно-распорядительных или административно-хозяйственных обязанностей конкретного лица. Содержание последних также уголовным законом не характеризуется. В научной литературе отмечается, что, по своей сути, данные функции подразумевают руководство коллективом или хотя бы одним человеком, либо реализацию права владения, пользования, распоряжения материальными или иными имущественными ценностями посредством совершения действий, связанных с возникновением, изменением, прекращением прав или обязанностей у физических либо юридических лиц [5]. В этой связи организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности предлагается именовать “функциями по управлению людьми или имуществом посредством совершения юридически значимых действий” [6].

В административном законодательстве наравне с категорией “должностные лица” в примечании к ст. 2.4. КоАП РФ используется формулировка “как должностные лица”, под которыми понимаются руководители и иные работники организаций, совершившие административные правонарушения, члены совета директоров (наблюдательных советов), счетных комиссий, ревизионных комиссий (ревизоров),



ликвидационных комиссий юридических лиц и руководители организаций, осуществляющие полномочия единоличных исполнительных органов других организаций. Таким образом, для института административной ответственности важно определение должностного лица как категории, определяемой особенностями правового статуса, места и роли в организационной структуре, характером исполняемой деятельности.

Небезынтересны в исследуемом аспекте положения ст. 45 федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 215-ФЗ (ред. от 30.11.2011) “О жилищных накопительных кооперативах”, которая, не раскрывая понятия “должностное лицо”, тем не менее, использует его в отношении членов правления кооператива, единоличного исполнительного органа кооператива, члена коллегиального исполнительного органа кооператива, члена ревизионной комиссии (ревизора) кооператива [7].

Положения законодательства привели ученых-правоведов к выводу о необходимости дифференциации двух категорий должностных лиц: публичные должностные лица, занимающие должности в органах государственного управления и в органах местного самоуправления, и частные должностные лица, занимающие должности на предприятиях, в учреждениях, организациях и общественных объединениях независимо от формы собственности [8].

Ю. Н. Старилов предпочитает выделять публичных и обычных должностных лиц, относя к первым лиц, совершающим внешние властные полномочия и функции публичного характера и значения; а ко вторым – служащих, осуществляющих внутренние функции и полномочия на предприятиях, учреждениях, организациях и общественных объединениях различных форм собственности [9]. С учетом того факта, что локальная юридическая деятельность в равной степени характерна для органов государственного управления, органов местного самоуправления, учреждений, организаций и общественных объединений всех форм собственности предложенная Ю. Н. Стариловым классификация представляется более точной.

Несмотря на очевидные различия в правовом положении публичных и обычных должностных лиц в научных исследованиях применяется расширительное толкование термина “должностное лицо”. Под ним понимается “лицо, работающее по выборам, назначению или на контрактной основе в любой государственной или негосударственной организации, которое выполняет функции управления людьми, имуществом и финансовыми ресурсами как внутри, так и вне этой организации, совершает юридически значимые действия от имени и в интересах этой организации и под свою личную ответственность” [10]. Данное определение может быть положено в развитие теории должностных лиц с учетом некоторых корректировок. Возражение вызывает термин “работающие”, поскольку традиционно он применяется к лицам, заключившим трудовые договоры и являющиеся полноправными субъектами трудового права, тогда как согласно уголовному и административному законодательству к категории должностных лиц следует относить лиц, выполняющих функции по управлению людьми и имуществом вне рамок трудового правоотношения.

Трудовое законодательство не оперирует термином “должностное лицо”, используя категории “должность”, “должностные обязанности”. При определении должности работника и перечня его должностных обязанностей следует руководствоваться Квалификационным справочником должностей руководителей, специалистов и других служащих [11], содержащим квалификационные характеристики служащих. Следовательно, согласно смыслу нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере труда, должностное лицо представляет собой работника, занимающего определенную должность согласно квалификационному справочнику и выполняющее соответствующие занимаемой должности круг обязанностей. Обозначенные положения позволяют говорить о том, что в определение должностного лица по трудовому праву положен функциональный критерий, позволяющий создать действенный механизм разграничения функций, полномочий и ответственности, четкую регламентацию трудовой деятельности работников в рамках коммерческой и некоммерческой организации.

В основу характеристики персонально-личностного состава локальной юридической деятельности должен быть положен функциональный признак, который позволяет выделять должностных лиц, осуществляющих функции по управлению имуществом и людьми, а также работников, не являющиеся должностными лицами, но наделенных специальным правовым статусом на основании выборов в представительские структуры работников или доверенности.

**Список использованных источников:**

- [1] См. : Кудрявцев В. Н. Право и поведение: норма и патология. М., 1982. С. 148; Бугаевская Н. В. Должностное лицо как субъект преступления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2003. – С. 16.
- [2] Назаров С. Н. Теоретико-правовые основы юридической деятельности надзорно-контрольных органов в условиях формирования правового государства: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону. 2000. – С. 5.
- [3] Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – С. 54-57.
- [4] См. : Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 28.07.2012) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2012. № 31. Ст. 4330.
- [5] См. : Бугаевская Н. В. Должностное лицо как субъект преступления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2003. – С. 8.
- [6] Там же.
- [7] См. : СЗ РФ. 2005. № 1. Ч. 1. Ст. 41; 2011. № 49. Ч. 1. Ст. 7040.
- [8] См. : Изосимов С. В. К вопросу о разграничении понятия должностного лица и лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной (некоммерческой) организации // Юрист. – 1999. – С. 23; Кононов П. И. Административная ответственность должностных лиц: Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. – М., 1994. – С. 16-17.
- [9] См. : Старилов Ю. Н. Государственная служба в Российской Федерации: Теоретико-правовое исследование. – Воронеж, 1996. – С. 280.
- [10] Кононов П. И. Указ. соч. – С. 16.
- [11] Квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих (утв. Постановлением Минтруда РФ от 21.08.1998 № 37) (ред. от 14.03.2011).

**М. А. Пряжникова,**

*Гомельський філіал Міжнародного університету “МІТСО” (Беларусь)*

### **РОЛЬ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В ПРОЦЕССЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ И ВОЗМОЖНОСТИ РАСШИРЕНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Одной из наиболее важных проблем стоящих перед теоретико-правовой мыслью, является проблема трансформации актов органов судебной власти в нормы права. В данном контексте особую актуальность приобретает общетеоретическое, прикладное изучение и анализ судебной практики как источника правовых идей.

В настоящее время постановления-разъяснения законодательства Пленумов Верховного и Высшего Хозяйственного Судов Республики Беларусь, а также решения Конституционного Суда Республики Беларусь содержат в себе конкретизацию и детализацию правовых норм, издаются в целях единообразного понимания и применения этих норм и являются обязательными для всех нижестоящих судов. При этом сложным и неоднозначным вопросом остается признание или отрицание за высшими судебными инстанциями правотворческих функций.

В Республике Беларусь на сегодняшний день происходит процесс становления правовой системы государства применительно к реформе судебной власти, которой придается особое значение. Органы правосудия должны занять особое место в государстве как органы защиты прежде всего частного интереса, приобрести самостоятельность в сфере осуществления своих полномочий. Поэтому учеными и практиками Республики Беларусь поднимается вопрос о необходимости участия судебной власти в правотворческой деятельности в государстве.

С одной стороны, в Законе Республики Беларусь “О нормативных правовых актах Республики Беларусь” определено, что постановления Пленумов Верховного и Высшего Хозяйственного Судов Республики Беларусь – это вид нормативных правовых актов [1], т. е. данные акты рассматриваются как форма белорусского права. С другой стороны, как отмечают Иванова Т. В. и Дубовицкий В. Н., дискуссионным вопросом для белорусской правовой системы является вопрос о том, насколько корректно говорить о судебной практике как о форме права и отождествлять её с понятием “судебный прецедент” [2, с. 9]. Судебное правотворчество имеет место фактически либо юридически, но в то же время такая деятельность в форме судебного прецедента не признается в Республике Беларусь.

Между тем некоторые белорусские ученые, в том числе Василевич Г. А., склоняются к признанию фактического существования судебного прецедента и судебной практики как двух взаимосвязанных источников и форм белорусского права [3, с. 127].

В связи с этим наибольшую значимость приобретает вопрос о соотношении понятий “судебная практика” и “судебный прецедент”, при употреблении которых наблюдается значительная неопределенность.

В юридической литературе встречаются самые различные точки зрения по этому вопросу. Одни авторы считают, что судебная практика является формой права применительно к романо-германской правовой семье (например, И. Ю. Богдановская) [4, с. 10], другие – отождествляют судебную практику и судебный прецедент (Р. Давид) [5, с. 248]), третьи – разграничивают судебную практику и судебный прецедент как самостоятельные формы романо-германского права (А. Н. Ножкина) [6, с. 80].

По мнению Сильченко М. В. правовой прецедент в белорусской национальной правовой системе *de facto* существует только в одном случае – при заполнении пробелов в действующем позитивном праве. Правоположение, которое содержится в конкретном судебном решении, которое принимается конкретным судом при рассмотрении конкретного дела по аналогии закона или аналогии права, которому потом придается общеобязательное значение, может *de jure* играть роль судебного прецедента. В этом случае судебное решение приобретает статус дополнительного источника современного белорусского права [7, с. 56].

При вышеуказанном трактовании судебная практика, которая охватывает и деятельность Верховного и Высшего Хозяйственного Судов Республики Беларусь, а также органа конституционного контр-

оля Конституционного Суда Республики Беларусь, и ее результаты в форме решений Конституционного Суда по вопросам конституционности нормативных правовых актов государственных органов, постановлений-разъяснений законодательства Пленумов Верховного и Высшего Хозяйственного Судов, отождествляться с судебным прецедентом не может. Однако данные судебные акты нередко содержат правовые идеи, которые заимствуются законодателем при принятии нормативного правового акта, и таким образом играют значительную роль в процессе правообразования, что говорит о косвенном участии представителей правосудия в формулировании законодателем норм права [2, с. 10].

Косвенность этого участия обуславливается тем, что среди основных задач судов, сформулированных в статье 6 Кодекса о судостроительстве и статусе судей, нет совершенствования законодательства, но за определенными уровнями судебной системы (Верховным и Высшим Хозяйственным Судами) Кодекс предусматривает выработку таких предложений (статьи 46 и 69) [8]. Пляхимович И. И. обращает внимание на несоответствие в компетенции общих и хозяйственных судов областного уровня: последние обязаны готовить предложения по совершенствованию законодательства (статья 62), а общие суды – нет (статья 36) [9, с. 85]. Также и Конституционный Суд не может быть “несущей конструкцией” механизма совершенствования законодательства, поскольку Конституция не наделяет его полномочием возбуждать судопроизводство по собственной инициативе, однако инициативность Конституционного Суда во внесении предложений об улучшении нормативных правовых актов несомненно играет положительную роль [9, с. 86; 10, с. 167].

В связи с этим признание и нормативное закрепление правотворческих полномочий Конституционного, Верховного и Высшего Хозяйственного судов Республики Беларусь в двух формах права – в форме судебной практики и в форме судебного прецедента – было бы целесообразным в рамках белорусской правовой системы, как и закрепление статуса источника права за судебным решением. Это позволит расширить компетенции высших судебных органов и более полно использовать их потенциал в сфере совершенствования законодательства.

#### Список использованных источников:

1. О нормативных правовых актах Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 10 января 2000 г., № 361-З: с изм. и доп. : текст по состоянию на 02.07.2009 г., № 31-З. // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2009. – № 161. – 2/1583.
2. Иванова Т. В. Судебная практика как источник права в Республике Беларусь / Т. В. Иванова, В. Н. Дубовицкий // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта. Сер. 4. Правазнаўства. – 2009. – № 4 (90). – С. 7-15.
3. Василевич Г. А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина / Г. А. Василевич. – Минск: Тесей, 2005. – 136 с.
4. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И. Ю. Богдановская. – М. : Наука, 1993. – 239 с.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. Перевод с фр. Туманова В. А. – М. : Межд. отношения, 1998. – 400 с.
6. Ножкина А. Н. Судебная практика как источник уголовно-процессуального права / А. Н. Ножкина // Уголовный процесс. – 2002. – № 3. – С. 80-81.
7. Сільчанка М. У. Прававы прэцэдэнт у прававой сістэме Рэспублікі Беларусь: ад фактычнага існавання да тэхналогіі легалізацыі / М. У. Сільчанка // Юстыцыя Беларусі. – 2012. – № 2. – С. 56-60.
8. Кодекс о судостроительстве и статусе судей от 29 июня 2006 г., № 139-З: с изм. и доп. : текст по состоянию на 13.07.2012 г., № 417-З // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 21.07.2012, 2/1969. – Режим доступа: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=hk0600139&p2={NRPA}>. – Дата доступа: 04.11.2012.
9. Пляхимович И. И. Законодательство о совершенствовании законодательства: проблемный анализ / И. И. Пляхимович // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. – 2009. – № 3. – С. 81-87.
10. Пляхимович И. И. Конституционный Суд и принципы Конституции / И. И. Пляхимович // Конституционный контроль: состояние, проблемы, перспективы: сб. докладов и тезисов выступлений науч.-практ. конф., г. Минск, 30.04.2009 / отв. за вып. А. В. Марышкин [и др.]. – Минск: Изд-во БГУ, 2009. – С. 165-168.

**Е. В. Савчик,**

*ст. преподаватель Гомельского филиала Международного университета “МИТСО” (Беларусь)*

## **ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА В СФЕРЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРАВОСЛАВНЫХ ПРИХОДОВ В БССР В ПОСЛЕВОЕННЫЙ ПЕРИОД: ОБЩИЕ ТЕНДЕНЦИИ И РЕГИОНАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ**

Период Великой Отечественной войны стал переломным в построении государственно-конфессиональных отношений в СССР: от стремления к тотальному уничтожению любых проявлений религиозности в повседневной, общественной и политической жизни советских людей, сталинское руководство перешло к временному, в значительной степени вынужденному внешнеполитическими факторами, но реальному ослаблению давления на верующих. Разумеется, это не означало отступления от закреплённых в первых советских законодательных актах общих принципов конфессиональной политики: отказа от признания какой-либо религиозной идеологии в качестве государственной, обязательного атеистического воспитания молодежи, запрета на публичное отправление культа и на осуществление религиозными организациями общественной (в том числе благотворительной) деятельности, лишения религиозных организаций права владения собственностью. В данном законодательном ракурсе никаких статусных изменений в положении религиозных организаций в СССР не произошло. Речь шла только о частичной реализации закреплённого статьей 124 Конституции СССР 1936 г. права граждан на свободное отправление религиозных культов путём передачи верующим в пользование церковных зданий, предметов культа, легализации деятельности священников и государственной регистрации общин. Именно эта сторона государственно-конфессиональных отношений и получила правовое оформление в 1943-1945 годах.

При этом следует отметить, что советское руководство, как ранее и немецкая оккупационная администрация, лояльно относилось к возобновлению деятельности Русской православной церкви и жёстко – к проявлению активности со стороны представителей других конфессий. Такое политическое разграничение нашло прямое отражение в советском нормотворчестве – для регулирования отношений с РПЦ был создан не только отдельный Совет при СНК СССР, но и изданы специальные нормативно-правовые акты, которые касались исключительно объединений православных верующих.

Началом процесса закрепления в правовой базе основ обустройства церковно-приходской жизни стало принятие советским правительством ряда документов, среди которых наибольшее практическое применение имели следующие постановления СНК СССР: “О дополнении ст. 5 Положения о порядке учета и использования национализированного, конфискованного, выморочного и бесхозного имущества” от 30.06.1944 г. № 801 (далее – Постановление № 801) [1, л. 165], “О православных церквях и молитвенных домах” от 01.12.1944 г. № 1643-486с (далее – Постановление № 1643-486с) [2, л. 8], “По вопросам, относящимся к православным церквям и монастырям” от 22.08.1945 г. № 2137-546с (далее – Постановление № 2137-546с) [2, л. 2], а также Положение об управлении РПЦ, утверждённое Постановлением СНК СССР от 28.01.1945 г. [3, л. 67–72; 4], инструкции и инструктивные письма уполномоченным Совета по делам РПЦ при СНК СССР [напр. 3, л. 31–65; 5, л. 1–2 об. ; 6, л. 20 и мн. др.]. В названных документах нашёл закрепление новый порядок регистрации православных общин и предоставление общинам ограниченных прав юридического лица, что свидетельствовало о приостановлении действия соответствующих положений Постановления ВЦИК и СНК РСФСР “О религиозных организациях” от 08.04.1929 г.

Таким образом, особенностями трансформации правовой основы, на которой начали строиться взаимоотношения советской власти и Русской православной церкви в послевоенный период, стали создание отдельного блока нормативно-правовых документов, который регламентировал деятельность РПЦ, и игнорирование норм ранее принятых законодательных актов. Временный характер данных трансформаций проявился в первую очередь в том, что вышеназванное Постановление 1929 г. хотя и не применялось, но и не было официально признано утратившим силу. Советские власти, создавая необходимую для целей внешней политики видимость либерализации государственно-конфессиональных отноше-



ний, в любой момент готовы были вернуться к прежним гонениям на церковь, что и произошло в конце 1950-х гг. в период проведения Н. С. Хрущёвым антирелигиозной кампании. Правовым результатом этой кампании стало принятие 16.01.1961 г. Постановления Совета Министров СССР “Об усилении контроля за исполнением законодательства о культах”, которое отменило все законодательные акты, касающиеся деятельности религиозных организаций, принятые в годы Великой Отечественной войны и в первое послевоенное десятилетие.

Предвидение такого развития событий представителями власти на местах и населением восточных областей БССР, где до начала войны не осталось ни одного действующего храма, существенным образом повлияло на характер правоприменительной практики в этом регионе. Так, передача культового имущества верующим в соответствии с пунктом “и” статьи 5 Постановления № 801 и церковных зданий в порядке, определённом положениями Постановления № 1643-486с, встречала с одной стороны противодействие руководства районных, поселковых и сельских органов власти, с другой – нежелание верующих заключать какие-либо договоры с местной администрацией. В свою очередь уполномоченные по областям были обязаны, выполняя предписания Совета по делам РПЦ при СНК (с 1946 г. – при СМ) СССР, в течение 1945–1947 годов обеспечить регистрацию всех действующих православных общин.

В результате на территории Восточной Беларуси имели место многочисленные случаи нарушения действующего законодательства как со стороны местных исполнительных органов власти, так и со стороны верующих и духовенства.

В качестве причины совершения местными исполнительными органами незаконных действий уполномоченный Совета по делам РПЦ по БССР Лобанов в своём отчёте за 01.07.1945 г. называет то, что “большинство руководителей власти на местах, а в отдельных случаях и в областных аппаратах отнеслись к новому положению православной церкви как к временному явлению, с которым не нужно серьёзно считаться...” [7, л. 2]. В частности Лобановым было указано, что уполномоченный по Бобруйской области Шеленговский “сам не принимает всерьёз решений правительства по данному вопросу и вводит в заблуждение руководство облисполкома” [7, л. 12].

Указанный фактор однозначно свидетельствовал о том, что в данной ситуации снижение количества правонарушений напрямую зависело от стабильности позитивных отношений между РПЦ и высшим советским руководством, а также от активной позиции областных уполномоченных в деле безусловно-го пресечения подобных фактов.

Основным видом правонарушений со стороны местных органов власти в первые послевоенные годы в БССР являлись самовольные изъятия исполкомами церковных зданий, занятых верующими в период оккупации. В соответствии с Положением о Совете по делам РПЦ, такие действия могли производиться только после получения на то разрешения названного Совета, оформленного соответствующим решением. Принятию Советом решения должна была предшествовать длительная процедура согласования вопроса о целесообразности конкретного изъятия на уровне облисполкома, потом – Совнаркома республики, при этом уполномоченный одновременно должен был выяснить позицию архиепископа Минского и Белорусского по этому вопросу. Однако, как следует из отчетов уполномоченных по Бобруйской, Витебской, Гомельской, Минской, Могилевской, Полесской и Полоцкой областям, такие незаконные изъятия в Восточной Беларуси производились в 1945–1946 гг. достаточно регулярно [7, л. 19, 22; 8, л. 1, 2, 10, 16; 9, л. 76; и др.]. В целом только за первое полугодие 1945 г. на имя уполномоченного по БССР поступило 14 заявлений о неправильном закрытии церквей: по Могилевской области – 2, по Полесской – 2, по Бобруйской – 7, по Минской – 2, по Гомельской – 1 [7, л. 19]. При этом некоторые уполномоченные (например, уполномоченный по Минской области И. Гунько в отчёте за 3-й квартал 1945 г.) даже сообщали, что изъятия зданий производились по их собственным заключениям на основании удовлетворения ходатайств районных Советов облисполкомами [9, л. 76]. При вынесении таких решений райисполкомы ссылались на то, что данное здание было изъято у верующих и переоборудовано под клуб, школу, склад и т. д. еще до войны. Поэтому, во избежание подобных фактов, Совет по делам РПЦ в начале 1946 г. направил всем председателям райисполкомов инструктивное письмо, в котором указывалось, что если государственные и общественные организации размещались в бывших церковных зданиях, а в период оккупации эти здания опять были заняты верующими, то вопрос об их освобождении мог быть решен положительно только после согласования с Советом по делам РПЦ [8, л. 16]. Кроме того, в соответствии с Постановлением № 1643-486с даже при вынесении положительного решения Советом исполкомам категорически запрещалось передавать освобождённые церковные

здания под объекты хозяйственного назначения (склады, мастерские, конюшни и т. п.), а надлежало использовать исключительно на культурные нужды.

Следует отметить, что подобные самоуправства (закрытие церковных зданий без разрешения Совета па делам РПЦ) допускали не только представители советских, но и местных церковных властей. Так, в 1946 г. два молитвенных дома на территории Полесской области были закрыты по распоряжению Мозырского благочинного Романушко А. Ф. (в д. Головчицы Копаткевического и в д. Гажин Наровлянского районов) по причине “совершенного нежелания верующих посещать молитвенный дом и невыполнения ими платёжных обязательств перед государством и других повинностей, которые вызываются содержанием молитвенного дома и его священнослужителей” [8, л. 41]. Но это были редкие случаи.

Со стороны священников много нарушений было в части отправления культа без разрешения на то архиепископа Минского и Белорусского Василия. Одной из причин таких нарушений было то, что некоторые из них оказывались признавать власть Московского Патриархата (например, в Гомельской области за первое полугодие 1945 г. было выявлено 4 таких случая) [7, л. 28]. В этих случаях уполномоченным предписывалось сообщать о ставших им известными фактах административным органам для запрещения проведения незарегистрированными священниками богослужений, и доводить до ведома верующих, что при продолжении таких незаконных действий их церкви будут закрыты [7, л. 28].

Иной причиной отправления культа без указа архиепископа являлось то, что священники обычно не могли получить разрешение в надлежащие сроки из-за медленной работы почтовой службы или невозможности выезда в Минск, так как для проезда по железной дороге у священников отсутствовали необходимые документы на получение билета. В таком случае уполномоченным разрешалось зарегистрировать действующую общину сразу, не дожидаясь получения указа архиепископа [9, л. 18 об.]. При этом однозначно осуждались как превышение ответственными должностными лицами своих полномочий (например, действия уполномоченного по Гомельской области Горелова, который вместо архиепископа сам стал назначать священников [7, л. 13]), так и переложение своих обязанностей на другие советские органы (уполномоченный по Пинской области Можайко “передоверил свои права НКГБ, без согласования с которым теперь нельзя назначить даже дьякона” [7, л. 14]).

Верующие массово отказывались выполнять предписания законодательства в части включения их в списки “двадцаток”, “чтобы не быть потом высланными или обложенными дополнительным налогом” [7, л. 17]. Также верующие сопротивлялись заключению договоров о передаче им в пользование церковных зданий, составлению описей культового имущества, оформлению церковных советов и ревизионных комиссий, считая, что это является вмешательством во внутреннюю жизнь прихода [7, л. 17; 9, л. 163].

По вышеназванным причинам процесс регистрации православных общин в восточных областях БССР сильно тормозился, что отмечали все уполномоченные в своих отчетах. Чтобы ускорить этот процесс священников после посещения благочинных обязали представляться уполномоченным по областям, которые требовали от них регистрации общин [7, л. 16].

В то же время в Западной Беларуси ситуация с применением норм Постановлений СНК, касающихся деятельности церкви, была иная из-за наличия здесь большого количества сильных православных приходов, которые не прекращали своей деятельности ни в период вхождения этих территорий в состав Польши, ни в период немецкой оккупации 1941-1944 гг. Поэтому фактов незаконных отобраний зданий у религиозных общин в западных областях БССР не было, также как и массового сопротивления верующих регистрации. Если уполномоченные по восточным областям испытывали значительные трудности в выявлении действующих религиозных объединений из-за отсутствия транспорта, помощи районных властей и времени (большую часть рабочего времени они занимались не непосредственной работой, а выполнением поручений областного руководства, в т. ч. контролем за ходом лесозаготовок или подготовкой к выборам), то в западных областях таких трудностей не было, так как церкви там и не закрывались.

В результате по состоянию на 01.07.1945 г. в БССР всего было учтено 705 церквей, из них действующих – 168, а зарегистрированных – всего 209 [7, л. 14]. Наибольшая разбежка в количестве действующих и зарегистрированных церквей наблюдалась в восточной части БССР. Так, на 01.01.1946 г. по Полоцкой области было действующих 46 церквей, из них зарегистрированных – 20, а в тот же период по Барановичской области – 108 действующих и все зарегистрированные [7, л. 34, 44]. К концу 1947 г. – на момент окончания регистрации – число зарегистрированных православных культовых зданий в БССР составило 749 в западных и 301 в восточных областях [10, с. 236].

Таким образом практика правоприменения в сфере регулирования деятельности православных приходов в БССР имела существенные различия в западных и восточных областях республики. На торможение процесса регистрации церковных общин в восточных областях значительное влияние оказывало негативное отношение к легализации деятельности приходов со стороны местных органов власти, нехватка священников, а также тяжёлый для верующих опыт церковно-государственных взаимоотношений в предвоенные годы. В западных областях БССР применение общесоюзных нормативных актов, регламентирующих деятельность РПЦ, осуществлялось более динамично и корректно. Общим итогом проведённой в 1945–1947 гг. регистрации действующих на территории БССР православных общин стала их фиксация с целью установления тотального контроля и ограничения деятельности приходов строго определёнными государством рамками.

**Список использованных источников:**

1. Постановления Совета министров БССР и облисполкома (10.01.1944 – 30.12.1944) // Зональный государственный архив в г. Речица. – Фонд 342. – Оп. 1. – Д. 1.
2. Постановления и указания Совета по делам РПЦ, уполномоченного Совета по БССР, отчеты, сведения, переписка уполномоченного по Витебской области о деятельности РПЦ (11.01.1947 – 05.01.1948) // Государственный архив Витебской области (далее – ГАВО). – Фонд 4131. – Оп. 1. – Д. 3.
3. Постановления и указания Совета по делам РПЦ, планы работы областного уполномоченного, инструкции Совета по делам РПЦ, Положение об управлении РПЦ 1945 г. и переписка уполномоченного по Витебской области о деятельности РПЦ (25.04.1954 – 02.02.1955) // ГАВО. – Фонд 4131. – Оп. 1. – Д. 9.
4. Битбунов Г. О Положении об управлении Русской Православной Церковью 1945 года / Г. Битбунов [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.pravoslavie.ru/arhiv/46967.htm>. – Дата доступа : 18.07.2012.
5. Переписка с Советом по делам РПЦ и другими учреждениями и ведомствами БССР о деятельности РПЦ (21.04.1944–21.12.1944) // Национальный архив Республики Беларусь (далее – НАРБ). – Фонд 951. – Оп. 2. – Д. 1.
6. Циркулярно-инструктивные письма и протоколы заседаний Совета по делам РПЦ (05.01.1951–29.12.1951) // НАРБ. – Фонд 951. – Оп. 2. – Д. 27.
7. Отчётно-информационные доклады уполномоченных Совета по делам РПЦ при СМ СССР по областям БССР о работе (01.07.1945–01.03.1946) // НАРБ. – Фонд 951. – Оп. 2. – Д. 2.
8. Квартальные отчёты о деятельности уполномоченного Совета по делам религиозных культов и церкви по Полесской области и сведения о количестве церквей и молитвенных домов за 1946 г. // Зональный государственный архив в г. Мозырь. – Фонд 596. – Оп. 1. – Д. 3.
9. Отчётно-информационные доклады уполномоченных Совета по делам РПЦ при СМ СССР по областям БССР (17.05.1945–26.01.1946) // НАРБ. – Фонд 951. – Оп. 2. – Д. 3.
10. Канфесіі на Беларусі (к. XVIII – XX ст.) / В. В. Грыгор’ева, У. М. Завальнюк, У. І. Навіцкі, А. М. Філатава; навук. рэд. У. І. Навіцкі. – Мінск : ВП “Экаперспектыва”, 1998. – 340 с.

**Р. В. Смалюк,**

*магістрант Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету “Острозька академія”*

## **ДЖЕРЕЛА ВИБОРЧОГО ПРАВА: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД**

Конституційно-правовий інститут виборів – один із найдавніших інститутів конституційного права. Російський державознавець В. В. Водовозов ще на початку XX ст. зазначав, що загальне голосування існувало в давніх демократіях, але зникло занадто рано, з’явилося знову у первісному вигляді тільки у XVII ст. і набуло розвитку у XX ст. [15, с. 251]. Саме у зв’язку з надзвичайною важливістю і довготривалою історією цього інституту, сучасне світове законодавство, яке врегульовує відносини, що виникають під час організації процедури виборів, є надзвичайно деталізованим і розвиненим.

У контексті даної роботи, під виборчим правом ми будемо розуміти систему юридичних норм, які регулюють відносини, що виникають у процесі організації виборів до представницьких органів влади. Нормативна основа виборчого права, складається із різноманітних нормативно-правових актів, правових звичаїв, а якщо брати до уваги світову практику, то важливим джерелом права є також прецеденти, тобто рішення судів по конкретному виборчому спору, які обов’язкові для судів нижчої інстанції при вирішенні аналогічних справ [13, с. 103].

Незважаючи на відносно нетривалий період незалежності Української держави, система джерел виборчого права України є надзвичайно розвинутою, і включає у себе крім національних нормативно-правових актів, ще і норми міжнародного права.

За юридичною силою джерела виборчого права можна класифікувати на декілька категорій:

Конституція України і норми міжнародних договорів – визначають основні принципи і засади виборчого права в Україні; норми міжнародних договорів встановлюють стандарти, яким повинні відповідати вибори в Україні;

Закони України;

Підзаконні нормативно-правові акти.

*Міжнародні договори.* Ч. 1 ст. 9 Конституції України передбачає, що: “чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [1]”. Особливе значення інституту виборів для самої суті демократії стало причиною того унікального факту, що для національного за своєю природою об’єктивного виборчого права, як для жодного іншого правового інституту, розроблені загальновизнані міжнародні стандарти, дотримання яких перебуває у полі постійної уваги міжнародної громадськості [12, с. 2].

До основних міжнародних договорів, які містять принципи виборчого права, що застосовуються в Україні відносяться:

*Загальна декларація прав людини.* Ч. 1 ст. 21 проголошує, що кожна людина має право брати участь в управлінні власною країною безпосередньо або через обраних представників [5];

*Міжнародний пакт про громадянські та політичні права.* Зокрема, п. б) ч. 1 ст. 25 проголошує, що кожен громадянин має право: “голосувати і бути обраним на справжніх періодичних виборах, які проводяться на основі загального і рівного виборчого права при таємному голосуванні й забезпечують свободу волевиявлення виборців” [6];

*Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.* Ст. 3 передбачає, що: “Високі Договірні Сторони зобов’язуються проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування в умовах, які забезпечують вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу” [7]. Як зазначив Європейський суд з прав людини в п. 49 Рішення по справі “Ковач проти України”: “Права, гарантовані статтею 3 Першого протоколу, мають вирішальне значення для зміцнення і збереження засад ефективної та дієвої демократії, побудованої на принципі верховенства права” [11].

*Документ Копенгагенської наради щодо людського виміру НБСЕ від 29.06.1990.* У ньому зазначається, що: “воля народу, яка виражається вільно і чесно в ході періодичних справжніх виборів, є основою влади і законності будь-якого уряду” [8];



*Конституція України.* У ч. 2 ст. 5 Конституції України проголошено, що “носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ”. У наступному реченні визначено форми, через які народ здійснює владу: безпосередня і представницька демократія. Виборче право, це система норм, які врегульовують порядок здійснення однієї із форм безпосередньої демократії – виборів.

Питанням виборів у Конституції України присвячено Розділ III “Вибори. Референдум”, у якому визначаються особи, які володіють активним виборчим правом (ст. 70) та проголошуються основні принципи виборів (ст. 71 проголошує, що вибори відбуваються на основі “загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування”).

*Закони України.* Норми виборчого права встановлені в ряді спеціалізованих законів, серед яких: Закон України “Про вибори народних депутатів України”; Закон України “Про Державний реєстр виборців”; Закон України “Про Центральну виборчу комісію”. Також, окремі питання виборчого права врегульовані Кримінальним кодексом України (ст. 157-159-1, які передбачають кримінальну відповідальність за порушення законодавства про вибори), Кодексом України про адміністративні правопорушення (Глава 15-А), Кодексом адміністративного судочинства України (відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 17: “спори щодо праводіносин, пов’язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму” відносяться до юрисдикції адміністративних судів).

*Підзаконні нормативно-правові акти* – це акти, прийняті компетентними органами державної влади чи уповноваженими державою іншими суб’єктами на підставі закону, відповідно до закону і в порядку його виконання. Підзаконні нормативно-правові акти, в свою чергу, можна класифікувати на декілька категорій в залежності від суб’єкта, який прийняв відповідний акт:

*Постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України* (далі КМУ)

*Постанови Центральної виборчої комісії* (далі ЦВК), прийняті на основі ч. 1 ст. 12 Закону України “Про Центральну виборчу комісію” (Постанова ЦВК від 24.01.2012 року №11 “Про Порядок утворення звичайних, закордонних та спеціальних виборчих дільниць на постійній основі”; Постанова ЦВК від 26.01.2012 року №19 “Про форми списків виборців на виборчих дільницях та інших виборчих документів для підготовки та проведення голосування з виборів народних депутатів України”; та інші).

Точиться дискусія стосовно віднесення до джерел права взагалі, рішень Конституційного Суду України (далі КСУ). Єдиної точки зору в науковому колі стосовно цього питання немає, проте якщо проаналізувати зміст рішень КСУ стосовно виборчого законодавства, то можна дійти висновку, що до джерел виборчого права рішення КСУ не відносяться, оскільки нових норм КСУ не створює, а здійснює лише тлумачення вже існуючих норм (наприклад, Рішення КСУ від 3 липня 2003 року N 13-рп/2003 “справа про строки оскарження порушень під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування”; Рішення КСУ від 26 лютого 1998 року N 1-рп/98 “справа про вибори народних депутатів”; Рішення КСУ від 25 березня 1998 року N 3-рп/98 “справа про тлумачення Закону України “Про вибори народних депутатів”). До того ж відповідно до правового статусу КСУ, визначеного в ст. 2: “Завданням Конституційного Суду України є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України” [9].

Проте, здійснюючи перевірку конституційності положень законодавчих актів, які стосуються виборів, КСУ здійснює “пасивне правотворення”. Так, наприклад, у Рішенні від 26 лютого 1998 року N 1-рп/98, КСУ визнав неконституційними деякі норми тогочасного Закону про вибори. Фактично, нових норм, КСУ не створив, проте він скасував дію норм, які *порушували принципи виборчого права* (ч. 4 ст. 1: “Вважається, що виборці, які не брали участі у голосуванні на виборах, підтримують результати волевиявлення тих виборців, які взяли участь у голосуванні на виборах” [10]), *обмежували здійснення виборчих прав громадянами* (ч. 4 ст. 3: “Здійснення виборчого права зупиняється для осіб, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі – на час перебування в цих місцях” [10]), *обмежували захист виборчих прав громадян у судовому порядку* та інших концептуальних положень Закону. Таким чином, не створюючи нових норм, КСУ забезпечив проведення виборів, які відповідають принципам виборчого права і нормам міжнародних договорів.

У ряді держав джерелами виборчого права є також судові прецеденти, звичаї [15, с. 253]. Стосовно звичаїв, то як джерело права в Україні вони практично не використовуються, а стосовно прецедентів виникає цікава ситуація.

Відповідно до ст. 244-2 Кодексу адміністративного судочинства: “Рішення Верховного Суду України, прийняте за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового за-



стосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність з рішенням Верховного Суду України". Проте і в даному випадку, не можна говорити про наявність прецеденту в чистому вигляді, оскільки рішення ВСУ, які усувають колізії в законодавстві України, є за своєю суттю актами правотлумачення.

Згідно ч. 1 ст. 2 Закону України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" рішення Європейського суду з прав людини (далі ЄСПЛ) на території України є обов'язковими. Стаття 13 цього ж закону, передбачає, що держава бере на себе зобов'язання усувати порушення Конвенції, які встановлені в судовому рішенні, в тому числі шляхом внесення змін до нормативно-правових актів. За своєю суттю Рішення ЄСПЛ не створюють також норм права, проте визначають, як саме має бути застосована Конвенція і додатки до неї, тому віднести їх до джерел права також не можна.

Виборче право закордонних країн пішло різними шляхами, основними з яких є:

- визначення типу виборчої системи в тексті конституції. Зокрема, у ст. 26 Конституції Австрії, визначається, що вибори проводяться у відповідності з принципами пропорційного представництва у виборчих округах, порядок створення яких передбачений Конституцією. Проте Конституцією Австрії передбачено, що вибори більш детально регламентуються відповідними законами;

- визначення порядку проведення виборів органічним законом. У ч. 1 ст. 81 Конституції Іспанії зазначено, що: "Органічними законами є закони, які пов'язані із розвитком основних прав і свобод, закони, які затверджують Статути автономії і основи виборчої системи, а також інші закони, які передбачені Конституцією" [3]; ч. 2 ст. 61 Конституції Молдови: "Порядок організації і проведення виборів встановлюється органічним законом" [2];

- визначення порядку проведення виборів конституційним законом (наприклад в абз. 2 ч. 2 ст. 62 зазначено, що: "Порядок виборів Президента визначається конституційним законом" [4]);

- визначення порядку проведення виборів у виборчому кодексі (Аргентина, Бельгія, Єгипет, Камерун, Мадагаскар, Філіппіни, Франція [15, с. 253]).

**Висновок.** Конституційно-правовий інститут виборів – це сукупність правових норм, які регулюють процес обрання кандидатів до представницьких органів і на виборні посади. Зазначені норми містяться в ряді нормативно-правових актів, які виступають джерелами виборчого права.

Система джерел зарубіжного законодавства не відрізняється значним чином від системи джерел українського виборчого права. До джерел виборчого права можна віднести: міжнародні договори, ратифіковані Україною; Конституцію України; систему законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, які врегульовують виборчі відносини. Як додаткові джерела, можна виділити Рішення Європейського суду з прав людини, які впливають на формування законодавства України про вибори, і відповідні Рішення КСУ і ВСУ.

#### Список використаних джерел:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.
2. Конституція Молдови : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md>.
3. Конституція Іспанії : Офіційний переклад, зроблений посольством Іспанії в РФ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vivovoco.rsl.ru>.
4. Конституція Киргизстану : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gov.kg>.
5. Загальна декларація прав людини : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
7. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
8. Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру НБСЕ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
9. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовтня 1996 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.

10. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 24.09.1997 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>
11. Case of Kovach v. Ukraine : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int>.
12. Богашева Н. В. Дослідження деяких аспектів еволюції виборчого законодавства України (1989 – 2006 роки). Деякі аспекти / Н. В. Богашева, Ю. Б. Ключковський, Л. В. Колісецька. – К. : Фоліант, 2006. – 146 с.
13. Белоновский В. Н. Избирательное право : общая часть : Учебно – методический комплекс / В. Н. Белоновский. – М. : Изд. Центр ЕАОИ, 2008. – 266 с.
14. Вибори в Європейському Союзі / [Ж. Безп'ятчук, А. Євгенєва, Д. Ковриженко, та ін.]; за ред. Д. С. Ковриженка / Лабораторія законодавчих ініціатив. – К. : ФАДА, ЛТД, 2006. – 156 с.
15. Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн: Навчальний посібник. – Чернівці : Рута, 2000. – 424 с.

**В. Н. Ставский,**

*старший преподаватель кафедры политологии и социологии Могилевского государственного университета им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

### **РАЛЬФ ДАРЕНДОРФ О РОЛИ ГОСУДАРСТВА В ИЗМЕНЕНИИ СОЦИАЛЬНЫХ СТРУКТУР**

Известный немецкий социолог и политолог Ральф Дарендорф (1929-2009) является одним из ведущих представителей концепции социального конфликта, но не только эта теория принесла ему популярность. Р. Дарендорф работал и над проблемами справедливости, и проблемами индустриальной социологии и политической идеологии. Он не только занимался научной и преподавательской деятельностью, являясь профессором западногерманских университетов и возглавляя Лондонскую экономическую школу, но и был действующим политиком. В частности он работал в немецком бундестаге, МИДе ФРГ, а с 1970 г. по 1974 г. был членом Комиссии Европейского экономического сообщества, в Великобритании сотрудничал с лейбористским премьер-министром Дж. Каллагеном. Имея за своими плечами большой теоретический и практический опыт, ученый в своих трудах “Фрагменты нового либерализма”, “Современный социальный конфликт” и др. сформулировал свою позицию по поводу роли такого социального института как государство.

Р. Дарендорф являлся политиком либерального направления, что отложило определенный отпечаток на его творчество. В конце 80-х годов он сформулировал идею нового “общественного договора”, т. к., на его взгляд, экономические и политические структуры современного государства перестали справляться со своими задачами. Прежде всего, Р. Дарендорфа волновала проблема соотношения гражданских свобод и распределение экономических ресурсов, а также роль государства в развитии этих отношений.

Р. Дарендорф считал, что современные государства должны решать два вида задач, находящихся в определенном противоречии друг с другом. Во-первых, государства должны найти все возможности для того, чтобы обеспечить своим гражданам хотя бы минимальные политические права. К ним, в первую очередь, принадлежит равенство всех перед законом и ликвидация формальных преимуществ. В более развитых государствах речь идет о расширении политического участия граждан, включающего всеобщее избирательное право, свободу коалиций и т. д. Во-вторых, современному государству для того, чтобы нормально существовать, необходимо гарантировать гражданам их социальные права. Как подчеркивает Р. Дарендорф: “Современные общества должны найти средства и пути, чтобы гарантировать своим членам удовлетворительный и может быть постоянно возрастающий жизненный уровень” [1]. При этом Р. Дарендорф подчеркивал, что улучшение благосостояния зависит от многих факторов, к которым он относил технические изобретения, рациональную организацию, предпринимательскую инициативу.

Экономический рост, который произошел в странах Запада после Второй мировой войны, привел к значительному расширению материального благосостояния. Возникло такое явление как социальное государство. Почти во всех странах ОЭСР государство стало не только гарантировать политические права и экономический рост, но и социальные права граждан. Концепция “сильного государства” пришла на смену концепции “государства – ночного сторожа”. Социальное государство направлено на достижение довольно высокого уровня социального обеспечения, что требует увеличения налогов и усиленного контроля за распределением материальных благ. Исходя из этого, Р. Дарендорф делает вывод, что появление сильного государства влечет за собой негативные последствия для экономики. “Сильное государство становится препятствием для роста. ... Сильное государство означает не только бюрократию, оно означает также расширение могущественного аппарата правил и инстанций, который душит инициативу и инновации” [2].

Таким образом, многие страны стали перед дилеммой: “Как обеспечить экономический рост?” и как при этом сохранить определенный социальный стандарт. Идеи социал-демократов столкнулись с идеями неоконсерваторов. Если первые выступают за усиление роли государства, которое для них является важнейшим актором экономического роста, т. к. стимулирует строительство зданий, дорог и других

больших проектов; то вторые (неоконсерваторы), наоборот, выступают за уменьшение роли государства, за дерегуляцию, приватизацию и сокращение социальных расходов.

Куда должно идти современное государство? Р. Дарендорф предлагает искать новые подходы для ответа на этот вопрос и не только в теории, но и в политической практике. Речь здесь идет не о роли государства, а о его способности решать сложные задачи и отвечать на вызовы времени. Стратегической задачей для стран ОЭСР является занятость населения. В экономически развитых странах существует длительная безработица, которая хотя и укладывается в некоторые экономические нормы, но все же угрожает социальному порядку. Значительно возросло число людей, чей уровень жизни дошел до минимума, что также является нарушением права человека. Задача состоит в том, чтобы, повышая благосостояния населения, заботиться при этом и об экономическом росте.

Р. Дарендорф считает, что существующие инструменты, которыми располагает “государство всеобщего благосостояния”, не могут решить ни проблемы бедности, ни проблемы безработицы. Инстанции жесткого бюрократического государства на это не способны. С точки зрения экономического роста, государство должно помочь в самом начале. Это может быть налоговая политика, которая помогала бы развивать частную инициативу. Также государство должно способствовать научно-техническому развитию, поддерживать науку и т. д. Это должно быть государство совершенно другого вида. Оно не похоже ни на “государство – ночной сторож”, ни на “сильное государство”. У него должны быть функции игрока-менеджера, но при этом важно, чтобы оно оставалось гарантом прав человека и помощником роста. До сих пор такое государство не удалось создать.

**Список использованных источников:**

1. Dahrendorf, Ralf. Fragmente eines neun Liberalismus/ Ralf Dahrendorf. –Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1987. S. 115.
2. Там же.

**Н. Ю. Шелковая,**

*Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ (Россия)*

## ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО В РОССИИ: РЕАЛЬНОСТЬ И ПЕРСПЕКТИВЫ

“Начало рассмотрения идеи гражданского общества в России можно отнести к концу XVIII – началу XIX в., что было обусловлено проникновением в страну взглядов философии эпохи Просвещения, характерной чертой которых было стремление к обоснованию модели общества, где формально равные субъекты обладали бы определенными правами и были бы свободны от вмешательства государства в частную жизнь.

В конце XIX – начале XX в. идея гражданского общества заняла одно из центральных мест в трудах отечественных правоведов, в частности, И. А. Ильина, Б. Н. Чичерина, П. И. Новгородцева, Е. Н. Трубецкого и др. Б. Н. Чичерин особенно подчеркивал роль и значение личности в обществе. По его мнению, устройство и деятельность общества определяются разумом и волей личностей, входящих в его состав, поскольку каждая из них (личностей) “живет своей самостоятельной жизнью, как единичный центр, находящийся в постоянно изменяющемся взаимодействии со всеми другими... Не общество, а лица думают... поэтому от них исходит и к ним все возвращается”<sup>1</sup>.

“В конце XX в. Россия перешла на новый этап развития: страна начала двигаться по пути демократических преобразований, которые затронули все сферы жизни общества, в том числе его взаимоотношения с государством”<sup>2</sup>.

Можно однозначно сказать, что Россия не смогла по западным образцам построить гражданское общество, да и не сможет, так как необходимо учитывать историческое развитие нашей страны. Предполагалось, что сама по себе ликвидация авторитарного режима и плановой государственной экономики приведут к росту гражданской активности, в ходе которой граждане инициируют процессы саморегулирования. И если на волне Перестройки еще можно проследить какую-то гражданскую активность (экономическую, политическую) в действии, то после шоковых реформ начала 1990-х годов, они практически исчезла. Подавляющая часть населения находилась на грани выживания на протяжении всех 1990-х гг. Постепенно пришло осознание того, что создать полноценное гражданское общество, оглаживаясь на Запад невозможно.

На пути к осуществлению идеи гражданского общества стоят известные трудности, среди которых можно констатировать социокультурный плюрализм больших и малых социальных преобразований на территории России; смену ценностных ориентиров развития общественной жизни; низкую эффективность применяемых законов; рассогласованность ветвей власти; российский бюрократизм и его коррумпированность; усталость, равнодушие и иждивенческие настроения некоторой части населения”<sup>3</sup>.

И эти черты общества стали рассматриваться, не как помехи, которые нужно устранять, а как некая данность от которой уже никуда не денешься.

“Формирование правового государства немыслимо вне факта наличия гражданского общества, то есть, – по словам ныне покойного проф. Л. И. Спиридонова, – вне существования автономных, суверенных, свободных личностей, равных друг другу и обладающих частной собственностью на условия своей жизнедеятельности. Взаимная связь и обусловленность этих двух феноменов очевидна, как очевидно и то, что становление гражданского общества выступает в качестве детерминирующего фактора-доминанты в процессах развития правовой государственности. Именно появление гражданского общества предопределяет становление основ правового государства, а не наоборот. Современная

<sup>1</sup> Парасюк Е. А. Идея гражданского общества в российском правоведении конца XIX – начала XX века // Журнал российского права. – 2010. – №12. – С. 101.

<sup>2</sup> Филатова А. С. Взаимодействие гражданского общества и государства в России в XXI в. // Труды института государства и права Российской Академии наук. – №1. – 2010. – С. 38.

<sup>3</sup> Кальной И. И. Обращение к идее гражданского общества– актуальная необходимость нашего времени // Гражданское общество в его практическом измерении : Материалы научно-практической конференции, 27 июня 2001 г. / Под ред. И. Н. Лопушанского. СПб., 2001. – С. 10.



же социальная практика в нашей стране показывает, что основы гражданского общества складываются в великих муках. Его структуризация весьма далека от завершения, поскольку разрушение унаследованной от советского политического режима социальной структуры еще не привело к какой-либо устоявшейся цивилизованной системе социальной стратификации. Не сформировался так называемый средний класс собственников. Происходит стремительное социальное расслоение (по уровню жизни, уровню доходов, и др.) и поляризация населения – когда на одном полюсе сосредотачивается основная его масса, находящаяся на грани либо за чертой бедности, а на другом – немногочисленный слой сверхбогатых граждан. Сегодня, по данным академика Д. Львова, 15% россиян владеют 92% национального богатства; за чертой бедности живет более 70 млн. чел. Люмпенизация широких слоев населения, в свою очередь, служит основой для возникновения и роста маргинальных групп, распространения различных видов девиантного поведения и криминализации социальных отношений”<sup>1</sup>. Поэтому для построения правового государства сначала нужно сформировать гражданское общество.

“Гражданское общество нельзя “ввести”, даже приняв новую Конституцию и подготовив “хорошие” законы. Гражданское общество возникает как естественноисторический процесс, обусловленный также вполне объективными обстоятельствами, которые могут складываться во времени в силу особой природы материальных и определенных духовных основ общества. Для гражданского общества должно прийти свое время. Формирование гражданского общества протекает в историческом времени как и весь исторический процесс. А это значит, что гражданское общество должно иметь не только движущую силу своего возникновения, но и источник этого процесса, т. е. функционально иную группу причинных процессов, способных обеспечить высокий уровень жизни каждого члена общества, гарантировать безопасность как жизни отдельного гражданина, так и общества в целом перед лицом экологических катастроф, устранить возможности терроризма, обеспечить внедрение высоких технологий, развертывание новой НТР и т. п. Гражданское общество имеет свои источники и свои движущие силы формирования, которые и образуют систему нелинейных причинных отношений, где взаимодействие причин может привести либо к конструктивному результату, либо к новой катастрофе. Поэтому формирование гражданского общества представляет собой сложный и неоднозначный процесс, требующий специализированной исследовательской деятельности как представителей общественных наук, политических и общественных движений, так математиков в сфере проблем нелинейности. Не следует исключать создание Исследовательских центров и Фондов, обеспечивающих их функционирование в целях выработки оптимальных форм продвижения к гражданскому обществу. Требуется анализ всего комплекса объективных оснований, которые “автоматически” подведут систему общественных отношений к фазе гражданского общества. Можно сказать, что гражданское общество – это общество в целом, весь социум, целостность, а не ее отдельные части, противостоящие государству. Из такого понимания гражданского общества следует, что оно является результатом не только цивилизационного процесса развития, но и траекторий, рожденных культурными процессами и формационным ходом истории. Другими словами, гражданское общество может быть обязательно результатом трех траекторий развития: цивилизационных, культурных и формационных, которые имеют свои ритмы, временные фазы, свои особенности, особые законы и закономерности.

Принятая Конституция РФ (1993) хотя и заложила основы гражданского общества, ограничила власть государства по отношению к личности, тем не менее однако, как считают некоторые исследователи, это общество является гражданским со знаком минус и представляет собой на данном этапе историческую аномалию. В российском варианте гражданского общества не могут не быть учтенными и воплощенными многие из традиций общества социалистической ориентации, связанные с надежностью, устойчивостью, уверенностью в сфере труда, образования, медицинской помощи, отдыха и других социальных благ. Лучшие традиции порождают не тягу к прошлому, а желание воплотить их в будущем.

В итоге можно сказать, что гражданское общество в России XXI века столкнется с необходимостью воспринять определенные традиции XX века, вступить на порог новой цивилизации и нового типа культуры, освоить специфическую формационную структуру общества, не получившего пока своего качественного определения, соединить антропоцентрические устремления с характером отчуждения и естественноисторическим ходом истории, войти в стадию освоения результатов новой научно-тех-

<sup>1</sup> Формирование гражданского общества как национальная идея России XXI века Материалы к научно-общественному форуму 14-16 декабря 2000 г. – СПб. – 2000. – 193 с.

нической революции, обеспечивающей экологическую безопасность общества. Гражданское общество будет информационным обществом, но что еще важнее – экологизированным, ибо у гражданского общества одна колыбель – планета Земля. На пороге XXI века этот человеческий импульс для России и для мира в целом, приобретает новую силу. Вместе с тем, духовная и материальная мощь, накапливаемая под воздействием науки, культуры, техники, производства создает и новые условия для воплощения идей, рожденных эпохой Просвещения”<sup>1</sup>.

Гражданское общество в России ждет нелегкая судьба, что, конечно, не исключает возможность рассматривать идею гражданского общества в качестве перспективной общенациональной идеи.

Чтобы сформировать гражданское общество, нам понадобится формировать его одновременно в “сфере индивида, где он развивается как личность, и публичной, где формируются и коллективизируются его гражданские качества, в ассоциативной жизни общества – демократических учреждениях и процедурах, партиях, союзах, движениях и т. п.”<sup>2</sup>.

Для становления гражданского общества в России нам понадобится:

- сформировать средний класс;
- образовать местное самоуправление;
- сформировать общественное и индивидуальное сознание с ориентиром на необходимость и целесообразность гражданского общества;
- сформировать новое правовое пространство и т. д. <sup>3</sup>

“Преобразования только тогда будут успешными, когда обеспечат условия для внутреннего саморазвития и самосовершенствования личности, образующих затем гражданское общество”<sup>4</sup>. Чем больше будет в России таких личностей, тем больше будет зрелось и потенциал гражданского общества.

“Прогнозируя модель российского гражданского общества, нужно учитывать возможные альтернативы в зависимости от “почвы” и вариативности её собственного движения, а кроме того, оценить тенденции перемен в секторах отечественного социума и проверить соответствие ожидаемого состояния этих секторов условному “идеалу” гражданского общества”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Формирование гражданского общества как национальная идея России XXI века Материалы к научно-общественному форуму 14-16 декабря 2000 г. – СПб. – 2000. – 8 с.

<sup>2</sup> Гражданское общество, правовое государство и право (“Круглый стол” журналов “Государства и права” и “Вопросы философии”) // Вопросы философии. – 2002. – №1. – 50 с.

<sup>3</sup> Кальной И. И. Обращение к идее гражданского общества – актуальная необходимость нашего времени // Гражданское общество в его практическом измерении : Материалы научно-практической конференции, 27 июня 2001 г. / Под ред. И. Н. Лопушанского. СПб., 2001. – 11 с.

<sup>4</sup> Аринин А. Н. Права и свободы человека и эффективное развитие России // Общественные науки и современность. – 2002. – №1. – 73 с.

<sup>5</sup> Лопушанский И. Н. Гражданское общество России: вероятная модель времени // Гражданское общество в его практическом измерении : Материалы научно-практической конференции, 27 июня 2001 г. / Под ред. И. Н. Лопушанского. СПб., 2001. – 12 с.



**Адміністративне  
право та процес**

**Административное  
право и процесс**

**Administrative  
Law and Procedure**



**О. О. Біяк,**

*здобувач кафедри адміністративного права та процесу, фінансового та інформаційного права Львівського університету бізнесу і права, дільничний інспектор міліції Сихівського РВ Львівського МУ ГУМВС України у Львівській області, старший лейтенант міліції*

## **СТАНОВЛЕННЯ ПРОБЛЕМИ ТА СУЧАСНИЙ СТАН АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПРОТИДІЇ СІМЕЙНОМУ НАСИЛЬСТВУ В УКРАЇНІ**

Протидія насильству в сім'ї є не лише однією із найгостріших проблем, які виникають в суспільстві держави, але й одним із головних завдань кожної правової соціальної держави, що гарантує право на життя, здоров'я, особистий розвиток людини і громадянина.

Такі чинники, як низький соціально-економічний рівень життя населення України, кризові тенденції й соціальні негаразди сьогодення негативно позначаються на всіх верствах населення країни, і перш за все, на сім'ї – першою і основною ланкою ланцюга, що будує суспільство. До вчинення насильства в сім'ї призводять такі об'єктивні явища, як безробіття, різке зниження доходів членів родини, надмірне вживання алкоголю, що спричиняється на фоні чинників суб'єктивного характеру : агресивність, надмірна роздратованість (в т. ч. і через підстави матеріальної скрути), невірноваженість. Таким чином, у сфері сімейних відносин розвиваються і прогресують негативні тенденції, які згодом виливаються і за межі сімейного ладу – у суспільство. І саме тоді проблема боротьби з вчиненням насильства в сім'ї та його протидії стає не особистою проблемою одного із членів сім'ї, над яким вчиняється насильство, а розглядається на державному рівні, шляхом підшукування важелів впливу із законодавчої точки зору. Саме тому, зростання насильства в сім'ї є глобальною проблемою, яка потребує пошуків правових механізмів її вирішення.

Найчастіше від вчинення насильства в сім'ї страждають жінки та діти. Загалом, сімейне насильство в будь-яких його проявах розглядається міжнародною спільнотою виключно як грубе порушення прав людини. Насильство в сім'ї має глобальне поширення і не є особливістю лише України, хоча в той же час є надзвичайно актуальною проблемою для нашої держави. Без подолання цього згубного явища у суспільстві неможливо створити сприятливі умови для самореалізації людини, вільного її волевиявлення, розвитку паритетної демократії, реалізації принципу рівних прав і свобод [4; с. 3]. Тому, коли проблема протидії насильству в сім'ї розглядалась світовим співтовариством, її розцінювали не лише як соціальну проблему, а насамперед як проблему захисту прав людини і, перш за все, прав жінок та дітей. Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй ще у 1993 році прийнято Декларацію про викорінення насилля щодо жінок, з середини-кінця 1990-х років протидія насильству у сім'ї активно запроваджується на рівні усього світу, уряди країн світу приймають закони, розробляють державні програми, вживають спеціальних заходів, спрямованих на протидію тим формам насильства, які донедавна вважались приватною справою сім'ї або окремої людини [5; с. 4].

Але тоді постає питання : чому попри масу декларацій, законодавчих актів, нормативно-правових актів, що регулюють сферу суспільних відносин в рамках протидії насильству в сім'ї, насильство в сім'ях не те що вчиняється і надалі, а й прогресує серед кількості сімей, де воно вчиняється? Насамперед, необхідно визнати, що з проблемою вчинення насильства в сім'ї потрібно боротися не лише впровадженням “новинок” у законодавство держави, а й розглядати реальне практичне їх застосування тими структурами, які працюють в напрямку боротьби та протидії насильству в сім'ях, вивчати психологічний аспект причин вчинення насильства та боротися із цією проблемою із середини: тобто, використовуючи загальнодержавні нормативні методи впливу, знаходити індивідуальний підхід до кожної “проблемної” сім'ї. Таким чином, протидію насильства в сім'ї необхідно розглядати не лише через призму законодавчого аспекту, оскільки, керуючись нормативно-правовими актами і лише в рамках закону, суб'єкти протидії вчинення насильства в сім'ї (дільничні інспектори міліції, працівники секторів кримінальної міліції в справах дітей, державні і недержавні громадські організації), можуть використовувати різні важелі впливу на особу, яка вчиняє насильство в сім'ї : починаючи від здійснення профілактичних бесід, шляхом застосування психологічних прийомів впливу, аж до притягнення до

адміністративної відповідальності. Таким чином, здійснюючи протидію насильству в сім'ї, як працівники міліції, так і працівники недержавних громадських організацій, мають оволодівати визначеними психологічними знаннями та вміннями, зокрема : вони повинні знати основні причини та умови появи проблеми насильства у сім'ї, володіти методикою психологічного впливу як на агресора, так і на жертву сімейного насильства [1, с. 8].

З вищевикладеного доцільно зауважити, що кожний суб'єкт боротьби з вчиненням сімейного насильства керується лише тим законодавчим актом, який прямо передбачає здійснення функціональних обов'язків в напрямку протидії. Тому, вважалось би за доцільне, об'єднувати заходи протидії сімейному насильству усіх підрозділів та секторів боротьби з таким явищем шляхом здійснення між ними співпраці.

Таким чином вважаємо, що одним із ключових недоліків державної політики протидії насильству в сім'ї в Україні є недостатній рівень взаємодії уповноважених державних органів та заінтересованих недержавних організацій, що призводить до розпорошеності зусиль та нівелювання позитивних результатів [5; с. 5]. Слід також наголосити на тому, що незважаючи на законодавче закріплення взаємодії суб'єктів боротьби з насильством в сім'ї, механізм співпраці на практичному рівні його застосування не налагоджений, більшість спільних заходів проводяться формально, а те й взагалі – існують лише на папері. Як в своїй дисертаційній роботі зазначає Ковальова О. В.: “Лише інтегрований, комплексний підхід до проблеми попередження насильства в сім'ї допоможе уникнути фрагментації за окремими дисциплінами і змінити практику професіоналів. Багатодисциплінарний підхід передбачає спільну працю психологів, соціальних та медичних працівників, педагогів, працівників правоохоронних органів, юристів та представників недержавних громадських організацій” [3; с. 149]. Загалом, про комплексний характер проблеми протидії насильству в сім'ї свідчить достатня кількість наукових праць, присвячених питанням психологічного, адміністративного та кримінально-правового регулювання суспільних відносин у сфері протидії насильницьким проявам у родині, зокрема О. М. Бандурки, М. М. Биргеу, Ю. П. Битяка, О. І. Белової, М. А. Бондаренка, В. Є. Бондара, А. А. Бови, В. І. Ветрова, В. В. Вітвіцької, Л. Л. Гоголевої, Б. М. Головікіна, Н. І. Гончарова, В. Т. Дзюби, Л. В. Дорош, В. І. Женунтія, А. Н. Ігнатовича, С. Г. Киренка, М. М. Корчового, О. В. Ковальової, Г. Г. Криволапова, Є. В. Курінного, Л. В. Левицької, К. Б. Левченко, П. С. Матишевського, А. О. Монаєнка, В. К. Негоденка, О. В. Негодченка, С. В. Петкова, Д. В. Приймаченка, С. М. Рахметова, О. Ю. Синявської, В. М. Смитиєнка, І. М. Трубавіної, М. О. Тучака, О. А. Удалової, О. В. Швед, Я. М. Яковлева, О. С. Якубова, С. С. Яценка, Н. С. Юзікової та інших науковців. Проте, враховуючи немалий перелік названих дослідників – лише окремі приділяли увагу організації попередження сімейного насилля, наукових праць щодо комплексної взаємодії державних органів та недержавних інституцій у галузі протидії насильству у сім'ї в Україні не було. Отже, розробка ґрунтовних теоретично виважених і практично цінних рекомендацій щодо удосконалення організаційно-правових аспектів, форм та методів діяльності щодо попередження та протидії насильству в сім'ї як комплексної правової та соціальної проблеми є актуальним напрямом наукового дослідження. [5; с. 12].

Обмеженість кола повноважень підрозділів дільничних інспекторів міліції та кримінальної міліції у справах дітей, недосконалість адміністративно-правової регламентації форм і методів їх діяльності щодо протидії сімейному насильству вимагає пошуку більш ефективних правових механізмів реалізації їх правосуб'єктності у зазначеній сфері адміністративних правовідносин, дослідження світових та європейських механізмів протидії родинному насильству.

Таким чином, проблема адміністративно-правової регламентації протидії сімейному насильству в Україні, має як теоретичне, так і практичне значення для удосконалення регламентації адміністративно-правового статусу МВС у сфері протидії насильству в сім'ї як одного з основних суб'єктів протидії сімейному насильству, його форм та методів здійснення профілактичної та адміністративно-юрисдикційної діяльності, адміністративно-правових засад взаємодії з державними та недержавними суб'єктами у зазначеній сфері адміністративно-правових відносин.

### Список використаних джерел:

1. Боднар В. Є. Психологічні засади діяльності дільничних інспекторів міліції з профілактики насильства в сім'ях: дис....канд. юрид. наук / В. Є. Боднар. – К., 2006. – 182 с. ;



2. Запорожцев А. В., Брижик В. О., Мусієнко О. М., Дроздова І. В. Насильство в сім'ї та діяльність органів внутрішніх справ по його подоланню, Київ– 2011, програма спеціалізованого курсу з протидії насильству в сім'ї для курсантів факультетів міліції громадської безпеки вищих навчальних закладів, підпорядкованих Міністерству внутрішніх справ України. – 38 с.

3. Ковальова О. В. Діяльність служби дільничних інспекторів міліції щодо попередження насильства в сім'ї: дис....канд. юрид. наук / О. В. Ковальова. – Харків, 2008. – 239 с.

4. Коломоєць О. Д., Філіпов А. Г. – Визначення категорії “насильство” в контексті діяльності суб'єктів попередження насильства в сім'ї. – Харків, 2011. – 11 с.

5. Шамрук Н. Б. Адміністративно-правові засади взаємодії суб'єктів протидії насильства в сім'ї / Н. Б. Шамрук. – 224 с.

6. Матеріали круглого столу 26.02.2010 року Львівського державного університету внутрішніх справ Прикарпатського юридичного інституту. – Взаємодія ОВС та громадських організацій щодо протидії насильству в сім'ї, м. Ів.-Франківськ, 2010. – 229 с.

**Т. О. Коломосьць,**

*доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету, завідувач кафедри адміністративного і господарського права Запорізького національного університету*

## **АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС: ПОШУК СУЧАСНОЇ МОДЕЛІ В УМОВАХ ОПТИМІЗАЦІЇ ФОРМ ВЗАЄМОДІЇ ЛЮДИНИ І ДЕРЖАВИ**

В умовах докорінного перегляду моделей взаємовідносин особи і держави актуальності набуває потреба визначеності у використанні правової термінології, її уніфікації у доктринальних та нормативних джерел. Одним із “проблемних” термінів вже протягом тривалого часу є “адміністративний процес”. Аналіз наукових джерел дозволяє із упевненістю стверджувати, що раніше існуючий підхід до розуміння адміністративного процесу у широкому і вузькому розуміннях, який був домінуючим протягом тривалого часу у роботах вчених-адміністративістів (аж до початку XXI століття), вже не узгоджується із вимогами сьогодення, що актуалізує пошук нового варіанту, який би відповідав новітнім пріоритетам взаємовідносин особи і держави, “людино центристській” моделі взаємовідносин у сфері публічного адміністрування. Відхід від раніше сформованих доктринальних положень, запровадження новітніх, в т. ч. запозичених в умовах євроінтеграційних та глобалізаційних правотворчих процесів, доктринальних, нормативних постулатів обумовлюють певну “невідповідність” існуючого доктринального визначення “адміністративний процес” (насамперед, як сукупності різновидів адміністративних проваджень щодо розгляду індивідуально-конкретних справ), його нормативного аналогу (закріплення в КАС України дефініцій як “порядку розгляду справ в порядку адміністративного судочинства”) та його реального змістовного наповнення. Все це слугує підґрунтям для запеклих дискусій у середовищі вчених-адміністративістів, зорієнтованих на пошук оптимального визначення “адміністративного процесу”, яке б відповідало реаліям сьогодення, було прийнятне для нормотворчого, науково-дослідного, правозастосовного процесів, назва якого узгоджувалась із його змістом. В сучасних наукових, навчальних, публіцистичних джерелах зустрічається розмаїття підходів до розуміння адміністративного процесу – від дублювання раніше сформованих положень (розуміння у широкому та вузькому розуміннях), до отождолення адміністративного процесу із адміністративним судочинством (наприклад, роботи В. Бевзенка, А. Комзюка, Р. Мельника), виокремлення адміністративного судового та адміністративного позасудового процесу (наприклад, роботи С. Ківалова, Л. Біли-Тіунової), адміністративно-юрисдикційного та адміністративно-процедурного процесу (наприклад, роботи І. Голосніченка), формулювання множинності концепцій як складових єдиної узагальненої концепції розуміння адміністративного процесу (наприклад, В. Тимошук виокремлює в якості складових – концепції адміністративного судочинства, позитивного (“управлінського”), юрисдикційного та “квазіюрисдикційного” процесів; О. Кузьменко – адміністративно-процедурного, оперативного-розпорядчого, адміністративно-юрисдикційного). Таке розмаїття підходів зумовлене специфікою поглядів вчених-адміністративістів, їх акцентів на ті чи інші властивості адміністративного процесу, обґрунтування доцільності обрання саме запропонованого варіанту із урахуванням поліструктурного потенціалу самого адміністративного процесу. У цьому контексті цілком аргументованою виглядає пропозиція С. Стеценка розглядати сучасний адміністративний процес як комплексне поняття, як поєднання кількох рівнозначних складових, які у сукупності й утворюють поліструктурний ресурс процесу [1, с. 43-44]. Варто підтримати його пропозицію і відійти від одностороннього погляду на адміністративний процес. Саме завдяки врахуванню адміністративно-управлінського, адміністративно-судового та адміністративно-юрисдикційного елементів можна вести мову про реальний ресурс адміністративного процесу, про відповідність назви “адміністративного процесу” та її змістовного наповнення. Завдяки виокремленню як елементу адміністративного процесу адміністративно-управлінського процесу охоплюється виконавчо-розпорядча діяльність органів публічної адміністрації, завдяки виділенню адміністративно-юрисдикційного – розгляд справ про адміністративні правопорушення та застосування заходів адміністративного примусу, а адміністративно-судового – розгляд публічно-правових спорів в адміністративних судах [1, с. 43-44]. Таким самим, з одного боку, визначення адміністративного процесу максимально “наближається” до реального сучасного його ро-

зуміння, а, з іншого боку, – усувається термінологічна плутанина, помилкове ототожнення складової адміністративного процесу із адміністративним процесом в цілому. Доцільно виглядає потреба уніфікації термінологічного ряду у доктринальних та нормотворчих процесах, внесення уточнень до КАС України у частині удосконалення визначення “адміністративний процес”, коригування норм-дефініцій у проектах кодифікованих актів, зорієнтованих на врегулювання адміністративно-деліктних та адміністративно-процедурних відносин. Така уніфікація термінологічного ряду, а також абсолютна визначеність у використанні кожного окремого терміну сприятиме формуванню досконалого наукового базису для нормотворчих та правозастосовних процесів у відносинах особи і держави, оптимізації їх відносин в адміністративно-процесуальній сфері, роль і значення якої постійно зростає в умовах реформаційних правотворчих та державотворчих процесів.

**Список використаних джерел:**

1. Стеценко С. Г. Сутність адміністративного процесу: теоретичний погляд / С. Г. Стеценко // Право України. – 2011. – № 4. – С. 39-46.

**С. А. Парменов,**

*начальник управления внешнеэкономической деятельности Министерства архитектуры и строительства Республики Беларусь (Беларусь)*

## **АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРАВОНАРУШЕНИЯ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

Между субъектами, вовлеченными в сферу строительства, возникают разнообразные общественные отношения, урегулированные нормами различных отраслей права – административного, трудового, финансового, земельного, гражданского, хозяйственного и иных. Одни отношения возникают на стадии выделения участка под строительство, другие – на стадии возведения объекта, третьи – на стадии ввода объекта в эксплуатацию. Это могут быть отношения по поводу заключения договоров на строительство объектов, поставку стройматериалов, трудовых договоров или договоров подряда с работниками, получения разрешения на строительство, осуществления контрольно-надзорных мероприятий и т. д.

Ввиду такой разнообразной деятельности, причем в сфере, отличающейся повышенной опасностью, возникающие общественные отношения требуют правовой охраны, которая обеспечивает различными отраслями права, и в первую очередь – административным правом. Это объясняется тем, что административная ответственность выполняет не только карательную функцию (позволяет привлечь к ответственности за наиболее распространенные правонарушения в строительной сфере), но и превентивную функцию (способствует предупреждению совершения более опасных, уголовно-наказуемых деяний в данной сфере).

Административная ответственность наступает лишь при наличии определенных оснований. Можно выделить три основания, наличие которых обязательно для наступления административной ответственности: нормативное (система норм административного права, регулирующих ее); фактическое (деяния субъектов, нарушающие правовые предписания, охраняемые административными санкциями (административные правонарушения)); процессуальное (акты органов административной юрисдикции (уполномоченных должностных лиц) о наложении конкретных административных взысканий на виновных лиц).

Для наступления реальной ответственности необходимо, чтобы были все три основания и именно в такой последовательности [1, с. 11-12].

Следовательно, для наступления административной ответственности в сфере строительства необходимо наличие системы норм административного права, регулирующих ответственность. Представляется, что в эту систему должны входить нормы Особенной части Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (КоАП) [2], предусматривающие административную ответственность за конкретные деяния, нарушающие требования нормативных правовых актов в области строительства, а также нормы Процессуально-исполнительного кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (ПИКоАП) [3], устанавливающие административно-правовой статус субъектов административной юрисдикции, права и обязанности участников административного процесса, процессуальные нормы, определяющие порядок осуществления административного процесса.

Для наступления административной ответственности необходимо также фактическое основание – собственно событие административного правонарушения, за которое КоАП предусмотрена административная ответственность.

Необходимо также процессуальное основание – акт соответствующего государственного органа или должностного лица о привлечении лица к административной ответственности. Справедливости ради следует отметить, что данное утверждение не бесспорно. Ряд ученых полагает, что помимо ретроспективной или негативной юридической ответственности возможно наличие так называемой позитивной или активной юридической ответственности, когда правоотношение юридической ответственности возникает с момента совершения правонарушения и процессуальное основание не нужно [4, с. 214; 5, с. 6, 7, 42, 43 и др. ; 6, с. 222 и др.]. С этим вряд ли можно согласиться, поскольку под позитивной ответственностью предполагается понимать внутреннюю, психическую ответственность, осознание проти-

воправности поступка. Но это не юридическая ответственность. Она не устанавливается государством, государство вообще не участвует в соответствующих правоотношениях, да и правоотношения не возникают, человек переживает ее самостоятельно (если он на это способен). В отношении же юридического лица говорить о позитивной ответственности вообще не приходится. Кроме того, принципы административной ответственности исключают возможность существования позитивной ответственности, поскольку лицо привлекается к административной ответственности исключительно постановлением судьи либо органа (должностного лица), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

Фактическим основанием административной ответственности является административное правонарушение – противоправное, виновное деяние физического или юридического лица, главным признаком которого является наказуемость, т. е. предусмотренность нормами Особенной части КоАП.

В Особенной части КоАП содержится специальная глава (глава 21) “Административные правонарушения в области архитектурной, градостроительной и строительной деятельности, благоустройства и пользования жилыми помещениями”, в которой выделен ряд составов об административной ответственности в строительстве, к которым можно отнести:

- отступление от утвержденного архитектурного проекта (статья 21.1);
- самовольное внесение изменений в утвержденный строительный проект или отступление от него (статья 21.2);
- нарушение требований технических нормативных правовых актов в области архитектурной, градостроительной и строительной деятельности (статья 21.3);
- нарушение требований проектной документации при проведении строительно-монтажных работ (статья 21.4);
- подписание документов, содержащих сведения, не соответствующие фактическим состоянию или качеству строительно-монтажных работ, строительных материалов, изделий или конструкций (статья 21.5);
- нарушение порядка приемки в эксплуатацию объектов строительства (очереди строительства, пускового комплекса) (статья 21.6);
- завышение объемов и (или) стоимости выполненных строительно-монтажных работ (статья 21.7);
- ненадлежащее выполнение работ, повлекшее завышение объемов или стоимости выполненных строительно-монтажных работ и произведенных затрат (статья 21.8);
- нарушение порядка представления информации об авариях зданий и сооружений и их расследования (статья 21.9);
- нарушение требований к содержанию строительной площадки (статья 21.11);
- самовольное строительство (статья 21.12);
- нарушение архитектурного решения фасада здания или сооружения (статья 21.13);
- нарушение правил благоустройства и содержания населенных пунктов (статья 21.14);
- нарушение законодательства в сфере строительства (статья 21.19) и др.

Как видно, подавляющее большинство правонарушений, входящих в главу 21 КоАП, имеют непосредственное отношение к сфере строительства. Термин “строительство” встречается в диспозициях статей Особенной части и в других главах (например, ст. ст. 12.10, 12.47, 15.2, 15.43, 18.5, 18.36, 20.2, 20.8, 22.3 КоАП). Кроме того, в КоАП есть статьи, в тексте которых термин “строительство” прямо не упоминается, однако отношения, охраняемые санкциями этих статей, возникают, в том числе и при осуществлении строительных работ. Это, например, ст. ст. 9.19, 10.1, 10.2, 15.12, 15.13, 15.14, 15.52, 15.54, 20.10, 23.41 и др. В то же время, не все названные нормы имеют непосредственное отношение к строительству, даже если в их тексте используется этот термин.

Вышесказанное обуславливает необходимость анализа составов административных правонарушений, описываемых соответствующими статьями, и осуществления их классификации, что позволит создать упорядоченную систему административной ответственности в строительстве и выявить проблемность КоАП в этой части.

Основная статья, предусматривающая общий состав административного правонарушения в строительстве, – статья 21.19 КоАП “Нарушение законодательства в сфере строительства”. Объективной стороной состава данного правонарушения является строительство, включая реконструкцию, ремонт, реставрацию, благоустройство, объекта (очереди строительства, пускового комплекса), а также выполнение видов, этапов, комплексов строительно-монтажных работ без наличия проектно-сметной документа-



ции, разработанной в установленном порядке, если иное не предусмотрено законодательными актами, либо по проектно-сметной документации, не прошедшей обязательную государственную экспертизу, либо по проектно-сметной документации, не утвержденной в установленном порядке.

Диспозиция данной нормы является бланкетной, т. е. для квалификации административного правонарушения необходимо обращаться к обширному законодательству в сфере строительства, которое составляют довольно разнообразные акты как по субъекту, их издавшему, так и по юридической силе. Все они объединены тем, что обеспечивают регулирование строительной деятельности. Однако представляется, что диспозиция статьи 21.19 КоАП не в полной мере соответствует ее чрезвычайно широкому названию. К нарушениям законодательства в сфере строительства вполне можно отнести и иные составы, предусмотренные как статьями главы 21 КоАП, так и некоторыми иными, упоминавшимися нами выше.

Для обоснования данного тезиса необходимо обратиться к сущности и содержанию строительства. Под строительством понимается деятельность по возведению, реконструкции, ремонту, реставрации, благоустройству объекта, сносу, консервации не законченного строительством объекта, включающая выполнение организационно-технических мероприятий, подготовку разрешительной и проектной документации, выполнение строительно-монтажных, пусконаладочных работ [7, ст. 1].

Как следует из текста ст. 21.19 КоАП, административная ответственность наступает за нарушение законодательства в сфере строительства, если оно велось без наличия проектно-сметной документации, разработанной в установленном порядке, либо по проектно-сметной документации, не прошедшей обязательную государственную экспертизу, либо по проектно-сметной документации, не утвержденной в установленном порядке.

Под проектной документацией на возведение, реконструкцию, реставрацию, капитальный ремонт, благоустройство объекта понимаются взаимоувязанные проектные документы, служащие основой для возведения, реконструкции, реставрации, ремонта, благоустройства объекта и представляющие собой обоснование инвестирования в строительство и (или) архитектурный проект, строительный проект в соответствии с выбранными заказчиком, застройщиком стадиями проектирования [7, ст. 1].

Сметная документация определяет стоимость возведения, реконструкции, реставрации, капитального ремонта, благоустройства объекта [7, ч. 1 ст. 51].

Таким образом, проектно-сметная документация включает в себя целый ряд разделов. В частности, для архитектурного проекта строительства объектов жилищно-гражданского назначения требуется: общая пояснительная записка; генеральный план (квартала, микрорайона, градостроительного комплекса или очереди строительства, группы или отдельно стоящих жилых и общественных зданий); архитектурно-строительные решения; технологические решения; решения по инженерному оборудованию; экологический паспорт объекта и др. [8]. Каждый из этих пунктов состоит из множества подпунктов и представляет собой значительный массив информации. Перечисленные акты устанавливают требования не только к организации строительства, но и санитарно-гигиенические, экологические требования и т. д. В связи с этим возникает вопрос о конкуренции ст. 21.19 КоАП с другими нормами данного Кодекса.

Например, ст. 9.17 КоАП устанавливает административную ответственность за нарушения правил по охране труда, которые, безусловно, встречаются в сфере строительства и зачастую связаны с ведением строительных работ без проектно-сметной документации либо по проектно-сметной документации, не прошедшей обязательную государственную экспертизу, либо по проектно-сметной документации, не утвержденной в установленном порядке. То есть в данном случае налицо конкуренция двух норм – статьи 21.19 КоАП и статьи 9.17 КоАП и, соответственно, статья 9.17 будет являться специальной по отношению к статье 21.19.

Специальной нормой по отношению к ст. 21.19 КоАП, по нашему мнению, является также статья 20.8 КоАП, предусматривающая нарушение правил и норм безопасности при строительстве, эксплуатации и ремонте систем газоснабжения, магистральных газопроводов, нефтепроводов, нефтепродуктопроводов. В определенной степени с данной нормой конкурируют статьи 23.41 КоАП “Самовольное занятие земельного участка”, 15.10 КоАП “Нарушение порядка использования земли и требований по ее охране” и др. Такие примеры можно продолжить. Представляется, что подавляющее большинство нарушений, так или иначе затрагивающих строительную сферу, – это “нарушения законодательства в сфере строительства”, что подтверждает неудачность названия статьи 21.19 КоАП.

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, составы административных правонарушений в строительстве предусмотрены статьями нескольких глав КоАП. Наряду с нормами главы 21 КоАП, в которой предпринята попытка сгруппировать эти нормы, сфера строительства так или иначе затронута в 12, 15, 18, 20, 22, 23 главах.

Во-вторых, нормы КоАП, устанавливающие административную ответственность за нарушения обязательных требований в сфере строительства, зачастую конфликтуют друг с другом, что создает значительные проблемы квалификации административных правонарушений.

#### **Список использованных источников:**

1. Административная ответственность (часть общая). Учеб. пособие / Под ред. Д. Н. Бахраха. – Екатеринбург, 2004. – 231 с.
2. Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях, 21 апр. 2003 г., № 194-З: в ред. Закона Респ. Беларусь от 13 июля 2012 г. // КонсультантПлюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях: Кодекс Респ. Беларусь, 20 дек. 2006 г., № 194-З: в ред. Закона Респ. Беларусь от 13 июля 2012 г. // КонсультантПлюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
4. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. Теоретические проблемы / О. Э. Лейст. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1981. – 240 с.
5. Самощенко И. С. Ответственность по советскому законодательству / И. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин. – М. : Юрид. лит., 1971. – 240 с.
6. Назаров Б. Н. Социалистическое право в системе социальных связей. Развитие взглядов на основные внутренние и внешние связи социалистического права / Б. Н. Назаров. – М. : Юрид. лит., 1976. – 312 с.
7. Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 5 июля 2004 г., № 300-З: в ред. Закона Респ. Беларусь от 14 июля 2011 г. // КонсультантПлюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
8. Об утверждении государственных строительных норм Республики Беларусь: Приказ Министерства архитектуры и строительства Респ. Беларусь, 4 октября 1996 г., № 344: в ред. Приказа от 4 апреля 2011 г. // КонсультантПлюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

**М. І. Смокович,**

*кандидат юридичних наук, секретар Пленуму Вищого адміністративного суду України*

### **КОЛІЗІЇ МІЖ НОРМАМИ ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ**

Суд, здійснюючи правосуддя, забезпечує захист гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави, у тому числі й виборчих прав громадян України, суб'єктів виборчого процесу та інших його учасників.

Підкреслюючи роль судової влади у контролі за виборами, необхідно відзначити, що судовий контроль є найбільш ефективним засобом, оскільки, на наш погляд, важливим у забезпеченні реалізації виборчого права громадян на будь-яких виборах є судовий захист цього природного права.

Пунктом 20 частини першої статті 92 Конституції України встановлено, що виключно законами України визначаються організація і порядок проведення виборів та референдумів [1].

Досвід багатьох держав світу свідчить про те, що одне з центральних місць у політичному процесі суспільства і держав, які стали на демократичний шлях розвитку, посідають проблеми створення виборчого законодавства, яке б відповідало стану суспільних відносин. Становлення і розвиток демократичної держави поза межами удосконалення виборчого законодавства є неможливим.

Історично так склалося, що Закон України “Про вибори народних депутатів України” виступає модельним законодавчим актом у галузі виборчого законодавства України в цілому. Власне, кожний із законів про вибори народних депутатів України: 1989, 1993, 1997 років – на відповідному етапі розвитку Української держави виступав визначальним законодавчим актом у правовому регулюванні народо-владдя [2, с. 3].

Однак на сьогодні Верховною Радою України прийняті: Закон від 17.11.2011 № 4061-VI “Про вибори народних депутатів України”; Закон від 05.03.1999 № 474-XIV “Про вибори Президента України”; Закон від 10.07.2010 № 2487-VI “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”. Тобто на реалізацію конституційних положень усі виборчі процеси в Україні врегульовані законодавчими актами. Крім того, були спроби кодифікувати виборче законодавство, однак цей процес зупинено.

Поряд із цим проблемним є законодавче регулювання виборів як форми волевиявлення, яке часто знає змін, не всі з яких відповідають Основному Закону. Крім того, окремі норми виборчого законодавства є колізійними щодо інших норм. Тому учасникам виборчих процесів та адміністративним судам під час застосування виборчого законодавства та розгляду виборчих спорів доводиться розв'язувати такі колізії.

Питанням розв'язання колізій у законодавстві присвячено багато наукових праць, зокрема ці проблеми досліджували науковці Є. В. Васьковський, О. В. Зайчук, **Н. М. Оніщенко**, В. Г. Ротань, О. Є. Сонін, С. В. Шевчук, В. Г. Перепелюк, А. Г. Хабібулін та інші, а також науковці-практики (судді) В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, І. Л. Самсін, А. А. Стрижак, О. А. Ярема та інші.

Юридична колізія – (лат. *collisio* – зіткнення) – розбіжність або суперечність між нормативно-правовими актами, що регулюють одні й ті ж або суміжні правовідносини, а також між компетенцією органів влади. У правознавстві питання про юридичні колізії традиційно пов'язують з проблемою неузгодженості правової системи. У теорії держави і права це поняття розглядається значно ширше [3].

Після вивчення наукових праць та висновків про юридичну колізію загалом складається враження, що таке правове явище для суб'єктів правозастосування є незрозумілим та таким, що спричиняє неврегульованість певного виду правовідносин, точніше різне врегулювання.

Необхідно дослідити колізії виборчого законодавства, знайти способи їх розв'язання адміністративними судами та визначити можливі шляхи подолання цих колізій. Важливим є те, що під час дослідження цього питання використані колізії між нормами, які мають однакову юридичну силу, тобто нормами, які містяться у відповідних законах та кодексах. Необхідність такого дослідження зумовлена тим, що

суб'єктами виборчих правовідносин неоднакового використовуються інструментарії та застосовуються норми права, які по-різному регламентують одні й ті ж відносини.

**Зайчук О. В. та Оніщенко Н. М. вважають, що юридичні колізії** – це обумовлений системою об'єктивних та суб'єктивних причин різновид протиріч у сфері права, сутність якого виявляється у наявності розбіжностей між приписами нормативно-правових актів чи нормативних та інтерпретаційних актів, що спрямовані на регулювання однотипних суспільних відносин чи роз'яснення правових норм [4]. На їхню думку, розв'язання проблем подолання колізій у національному законодавстві потребує прийняття двох законів: про нормативно-правові акти; про загальні принципи організації місцевого самоврядування [4].

Хабібулін А. Г. під юридичною колізією розуміє протиріччя між нормативними правовими актами, які регулюють одні й ті ж або подібні суспільні відносини [5, с. 567].

Щодо юридичної колізії права, то вона, на наш погляд, найбільше себе проявляє в разі наявності протиріччя між нормативно-правовими актами, які мають однакову юридичну силу, щодо врегулювання одних і тих же або подібних суспільних відносин. Тобто визначальним у цьому є не тільки протиріччя між нормативно-правовими актами, а й те, щоб вони мали однакову юридичну силу.

У протилежному разі, вважаємо, юридична колізія відсутня, так як норми акта вищої юридичної сили мають пріоритет над нормами актів нижчої юридичної сили, тобто відсутня проблема у їх правозастосуванні. З огляду на викладене для юридичної колізії, на нашу думку, характерним є проблемність її розв'язання, а такі проблеми можуть бути лише в разі, якщо протиріччя виникли між нормативно-правовими актами, які мають однакову юридичну силу.

З моменту започаткування адміністративного судочинства в Україні під час розгляду виборчих спорів адміністративні суди зіткнулися з юридичними колізіями, які виникли між нормами Закону України від 25 березня 2004 року № 1665 “Про вибори народних депутатів України” в редакції Закону від 7 липня 2005 року №2777-IV (далі – Закон, Закон про вибори народних депутатів) та нормами Кодексу адміністративного судочинства України №2747-IV від 6 липня 2005 року (далі – КАС України). Колізії між нормами цих нормативно-правових актів впливали на визначення підсудності виборчих справ, обчислення строків на апеляційне оскарження, що було суттєвим під час здійснення судового контролю за виборами народних депутатів України 2006 року.

Відповідно до частини третьої статті 116 Закону про вибори народних депутатів скарга щодо рішень, дій чи бездіяльності окружної виборчої комісії, члена виборчої комісії подається до апеляційного суду за місцезнаходженням окружної виборчої комісії [6].

Водночас, за приписами частини четвертої статті 172 КАС України, рішення, дії чи бездіяльність територіальних (окружних) виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів народних депутатів України оскаржуються до окружного адміністративного суду за місцезнаходженням відповідної комісії [7].

Крім того, відповідно до частини четвертої статті 116 Закону скарга щодо рішення, дії чи бездіяльності Центральної виборчої комісії, члена Центральної виборчої комісії подається до Верховного Суду України [6]. Водночас частиною третьою статті 172 КАС України встановлено, що рішення, дії або бездіяльність Центральної виборчої комісії щодо встановлення нею результатів виборів оскаржуються до Вищого адміністративного суду України. Усі інші рішення, дії чи бездіяльність Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії оскаржуються до окружного адміністративного суду, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ [7].

Зазначені норми мають однакову юридичну силу, але по-різному врегульовують одні й ті ж відносини щодо визначення предметної підсудності виборчих справ із вищезгаданим предметом спору. Наведене колізійне правове становище існувало в період виборів народних депутатів України 2006 року. Розв'язання цієї юридичної колізії було складним завданням, у якому найважливішим було визначення предметної підсудності справи щодо оскарження рішення Центральної виборчої комісії про встановлення результатів виборів народних депутатів, а саме до підсудності Верховного Суду України чи Вищого адміністративного суду України належить така справа.

Розв'язання вказаних колізій викликало великий інтерес серед науковців-правників та суддів. Попередньо зазначимо, що результат розв'язання цих колізій був нетиповим, оскільки пріоритет було надано нормам Кодексу адміністративного судочинства України, а не Закону про вибори народних депутатів.

На наш погляд, таке правозастосування було помилковим, оскільки були порушені інструментарії тлумачення та способи розв'язання юридичних колізій.



Так, відповідно до пункту 4 розділу XIV “Прикінцеві положення” Закону про вибори народних депутатів впливає, що з дня набрання чинності Кодексом адміністративного судочинства України розгляд скарг у судах здійснюється в порядку, встановленому КАС України, з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом [6]. Тобто цією нормою було встановлено, що в наведених випадках необхідно застосовувати положення КАС України, але за умови відсутності особливостей, передбачених у Законі. Як зазначалося, такі особливості були, однак, не звертаючи на них увагу та ігноруючи їх, суди застосовували приписи КАС України.

Крім того, було порушено правило щодо застосування нормативно-правового акта, який прийнято пізніше. Закон про вибори народних депутатів було прийнято пізніше, ніж КАС України, тому правові приписи Закону мають пріоритет над приписами КАС України.

З цього приводу Конституційний Суд України в мотивувальній частині Рішення від 3 жовтня 1997 року №4-зп у справі про набуття чинності Конституцією України зазначив: “Конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативно-правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному. Звичайною є практика, коли наступний у часі акт містить пряме застереження щодо повного або часткового скасування попереднього. Загальновизнаним є й те, що з прийняттям нового акта, якщо інше не передбачено самим цим актом, автоматично скасовується однопредметний акт, який діяв у часі раніше” [8, с. 24].

Зазначеним доведено, що під час здійснення судового контролю виборів 2006 року були порушені норми Закону про вибори народних депутатів щодо визначення підсудності виборчих спорів, у тому числі й щодо розгляду справи про оскарження результатів виборів, яку розглядав Вищий адміністративний суд України, а повинен був розглядати Верховний Суд України. Водночас, на нашу думку, наявність колізійних норм, які мають пріоритет, з метою забезпечення ефективного розгляду виборчих спорів надавало право на інше застосування та розв’язання такої юридичної колізії. Було започатковано адміністративне судочинство, утворено Вищий адміністративний суд України, тому з точки зору доцільності необхідно було пріоритет надавати приписам КАС України, хоча такий висновок суперечить загальноприйнятим правилам розв’язання юридичних колізій.

Одним із заходів щодо розв’язання юридичних колізій полягає у необхідності прийняття Верховною Радою України Закону про нормативно-правові акти, в якому необхідно визначити пріоритети норм у юридичних колізіях, що містяться в актах однакової юридичної сили. Цим законодавчим актом необхідно також врегулювати та удосконалити ієрархію національного законодавства з точки зору юридичної сили нормативно-правових актів.

Разом із цим на науково-практичному рівні з подальшим законодавчим врегулюванням необхідно підготувати посібник щодо методів тлумачення норм права. У навчальних закладах, які готують юристів, варто запровадити спеціальний предмет щодо вивчення способів тлумачення та застосування їх на практиці.

#### **Список використаних джерел:**

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Офіційний вісник України. – 2010. – №72/1 (01.10.2010). – Ст. 2598.
2. Коментар Закону України “Про вибори народних депутатів України” / за ред. М. І. Ставнічук, М. І. Мельника. – К. : Атіка, 2002. – С. 3.
3. <http://uk.wikipedia.org/wiki>.
4. [http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk\\_tdp/part3/2105.htm](http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2105.htm).
5. Теория государства и права: учебник / под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : ИД “ФОРУМ”: ИНФРА-М, 2008. – 624 с. – (Высшее образование). – С. 567.
6. Закон України від 25 березня 2004 року №1665 “Про вибори народних депутатів України” в редакції Закону від 07 липня 2005 року №2777-IV // Офіційний вісник України. – 2005. – № 33 (02.09.2005). – Ст. 1983.
7. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 року № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №35-36, 37. – Ст. 1358.
8. Смокович М. І. Проблеми визначення юридичної сили нормативно-правових актів під час вирішення адміністративних спорів / М. І. Смокович// Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2009.– №1. – С. 24.





**Фінансове  
та інформаційне право**

**Финансовое  
и информационное право**



**Financial  
and Information Law**

**О. А. Дзюрнич,**

*Брестский государственный университет имени А. С. Пушкина (Беларусь)*

**О. И. Панин,**

*Брестский государственный университет имени А. С. Пушкина (Беларусь)*

## **ИСПОЛЬЗОВАНИЕ АККРЕДИТИВНОЙ ФОРМЫ РАСЧЕТОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: ПРЕИМУЩЕСТВА И НЕДОСТАТКИ**

Институт безналичных расчетов и их аккредитивная форма существуют в отечественной литературе и науке достаточно долгое время и в настоящее время получают своеобразное возрождение. Во время существования СССР аккредитивную форму расчетов рассматривали лишь как меру административно-правового или гражданско-правового воздействия. Именно поэтому рассматриваемая форма расчетов применялась достаточно редко. В настоящее же время ситуация с использованием аккредитивной формы расчетов изменилась.

Выбор той или иной формы расчетов участниками сделки осуществляется при анализе недостатков и преимуществ всех форм расчетов, проанализируем их.

Положительным при использовании аккредитивной формы расчетов является то, что стороны могут оговорить разнообразные условия платежа, определить состав и вид необходимых документов, подобрать конструкцию и вид аккредитива. Так, например, для покупателя будет выгодным использование отсрочки платежа, для продавца – аккредитива с “красной оговоркой”, который позволяет получить бенефициару (продавцу) аванс до момента отгрузки товара или предоставления товаросопроводительных документов.

Использование данной формы расчетов возможно при существовании договорных отношений между контрагентами из любой страны. Так, ст. 266 Банковского кодекса Республики Беларусь закрепляет два вида аккредитивов: внутренние и международные. Аккредитив является внутренним, если бенефициар и банк-эмитент являются резидентами, если же одним из участников расчетов является нерезидент – международным [1].

Аккредитив может быть использован и в качестве залога при получении поставщиком льготного кредита банка, при расчетах генерального подрядчика со своими субподрядчиками; это бесспорно делает данную форму расчетов привлекательной в хозяйственно-финансовой деятельности.

Аккредитив является гарантией исполнения основного обязательства, что становится особенно актуальным в рамках нестабильной экономической ситуации. Использование аккредитива, например, дает гарантию продавцу на получение расчета за товар. Так как расчет осуществляется сразу после подтверждения получения товара покупателем. То есть оплата в данном случае не зависит от воли покупателя оплатить товар после получения.

Одним из преимуществ аккредитива является также и то, что срок предоставления товара покупателю будет соблюден, поскольку оплата производится только при своевременном подтверждении исполнения обязательства другой стороной.

Негативным при использовании рассматриваемой формы расчетов является то, что при передаче документов банками затрачивается определенное время, однако, например, при использовании средств электронной передачи информации данный негативный фактор можно минимизировать.

Сложность при использовании аккредитива у поставщика, например, вызывает необходимость правильного и грамотного оформления документов и своевременность их предоставления в банк, так как получение платежа напрямую зависит от данных условий.

Если аккредитив гарантирует оплату товара, например, поставщику, то он не является гарантией того, что поставка по договору вообще будет осуществлена. Хотя гарантированным является то, что оплата будет произведена после поставки и предоставления необходимых документов.

При предоставлении досрочного валютного покрытия по аккредитиву происходит своеобразное за-

мораживание оборотных средств покупателя, попытаться устранить это негативный фактор можно при помощи более оперативного предоставления документов и иных средств.

Практика использования аккредитива в Республике Беларусь складывается таким образом, что все расходы по аккредитиву несет приказодатель. Анализ расценок банков Республики Беларусь показывает, что использование аккредитива является достаточно “дорогим” инструментом. Международная же практика складывается несколько иначе: расходы по использованию данной формой расчетов стороны разделяют между собой путем уплаты вознаграждений банкам той из сторон, на территории которой и осуществляется операция. Представляется, что использование практики разделения расходов между сторонами и при использовании внутренних аккредитивов стало бы благоприятным изменением, так, в случае если бенефициар берет на себя обязательство по выплате части вознаграждения это является еще одним из подтверждений его намерений выполнения обязательств по основному договору.

Анализ недостатков и преимуществ аккредитивной формы расчетов показывает, что использование ее преимуществ и устранение недостатков возможно лишь при эффективном правовом регулировании.

**Список использованных источников:**

1. Банковский кодекс Республики Беларусь: Принят Палатой представителей 03.10.2000 г., одобрен Советом Республики 12.10.2000 г. // Эксперт: Беларусь [Электрон. ресурс] / Эталонный банк данных правовой информации, Нац. Центр правовой информации Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

**І. І. Сенчак,**

*старший викладач кафедри муніципального права і адміністративно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»*

## ПОДАТКОВА СИСТЕМА ПОЛЬЩІ

У процесі побудови податкової системи в Польщі було враховано багатовіковий досвід у сфері оподаткування, в тому числі надбання розвинутих демократичних країн. Тож дослідження особливостей податкової системи Польщі дасть нам можливість порівняти її з податковою системою України та податковими системами інших держав, і, відповідно, – перейняти позитивний досвід з метою подальшого удосконалення національного законодавства у даній галузі.

Як зазначає С. Овсяк [1, с. 472], у хронологічному порядку етапи формування податкової системи Польщі можна окреслити наступним чином:

Етап 1: пов'язаний із реформою самоврядування. На цьому етапі впроваджено місцеві податки та збори, серед яких особливе значення для фінансових основ функціонування гмін мають: податок з нерухомості, аграрний податок, податок зі спадщини і подарунків, податок із транспортних засобів.

Етап 2: охоплює реформу оподаткування доходів. На цьому етапі, перш за все 1 січня 1992 року, запроваджено податок з доходів фізичних осіб. У 1992 році впроваджено також істотні реформи щодо податку з доходів юридичних осіб.

Етап 3: включає запровадження 5 липня 1993 року податку на товари і послуги, а також акцизного податку.

Етап 4: пов'язаний із набранням чинності закону про податки (Ординація податкова [2]). Метою впровадження цього закону була необхідність систематизації усіх приписів, що стосувалися встановлення та справляння податків. Ординація податкова, яка вступила в дію від 1 січня 1998 року, замінила закон про податкові зобов'язання, частину адміністративно-процесуального кодексу і інші податкові приписи, які були розпорошені у різних нормативних актах.

Етап 5: передбачав адаптацію польської податкової системи до стандартів Європейського Союзу. Цей процес був тривалим у часі, а найінтенсивніша робота в цьому напрямку здійснювалась після 2000 року.

Традиційно ж в межах польського податкового права виділяють:

- матеріальне податкове право;
- процесуальне податкове право;
- організаційне податкове право;
- кримінальне податкове право. [3, с. 228]

Норми матеріального податкового права мають фундаментальне значення для податкового права, оскільки усі інші норми в цій сфері є додатковими, мають обслуговуючий характер по відношенню до матеріальних норм. У матеріальному податковому праві необхідно виділити загальні приписи, які стосуються основ усіх податків. Вони є кодифікованими у межах Ординації податкової [4, с. 292]. Щодо особливої частини податкового права, то її приписи містяться в законах, які регулюють особливості окремих податків та у прийнятих на їх основі виконавчих актах.

Норми процесуального податкового права (процедурні норми) перш за все спрямовані на реалізацію матеріальних норм. Вони зосереджені в окремому розділі IV Ординації податкової – Податковий процес.

Організаційні норми визначають структуру податкових органів. Для регулювання організаційних відносин в першу чергу направлені приписи закріплені в Законі про податкові управління і відділення [5].

Кримінальне податкове право регулюється Кримінальним податковим кодексом затвердженим законом від 10 жовтня 1999 року [6].

Аналізуючи поняття податку у розумінні польського податкового права необхідно звернутися до Ординації податкової, в якій законодавець дефініює податок як публічно-правову, безоплатну, примусову і безповоротну передачу грошових коштів до бюджету держави, воєводства, повіту чи гміни на основі податкового закону.

У Польщі поділ податків на центральні і локальні є більш умовним. По суті всі податки встановлюються шляхом прийняття закону, а це є виключною прерогативою центральних (державних) органів.

Важливішим є поділ податків згідно до предметного критерію. Відповідно до нього виділяють:

- податки з валового доходу (з обороту),
- податки з доходів фізичних і юридичних осіб,
- податки на майно,
- податки від видатків, які називають також податками на споживання [7, с. 127].

Податки з валового доходу (*podatki przychodowe*) стягуються з доходів, отриманих суб'єктами підприємницької діяльності. Базою оподаткування є валовий дохід; ці податки характеризуються простою і легкістю застосування, однак не враховують можливостей платників податків [8, с. 118]. До цієї групи податків у податковій системі Польщі можна зарахувати: спрощену форму податку від доходів фізичних осіб у формі фіксованої виплати від обліковуваних надходжень. Така форма стосується фізичних осіб, які, здійснюючи підприємницьку діяльність, відмовилися від сплати податку з доходів на загальних засадах і вибрали спрощену форму.

Базою оподаткування податками з доходів фізичних і юридичних осіб (*podatki dochodowe*) є прибуток, отриманий від певної діяльності, а прикладом таких податків у податковій системі Польщі є власне податок з доходів фізичних осіб і податок з доходів юридичних осіб.

Правове регулювання податку з фізичних осіб передбачене законом про податок з доходів фізичних осіб [9], а також виконавчими актами, виданими на підставі цього закону. Цим податком охоплюються доходи із усіх джерел надходжень, які може мати фізична особа, окрім тих, що охоплюються іншими податками (земельним податком, лісовим, податком на спадщину чи подарунок). Величина цього податку встановлюється за прогресивною шкалою.

Правове регулювання оподаткування доходів юридичних осіб закріплене законом про податок з доходів юридичних осіб [10]. Цей податок справляється не тільки з юридичних осіб, а й з організаційно відокремлених представництв, які не мають статусу юридичної особи. Від сплати цього податку звільнені державна скарбниця (*Skarb Państwa*), бюджетні установи, центральний банк (*Narodowy Bank Polski*), державний страховий фонд (*Zakład Ubezpieczeń Społecznych*), територіальні громади [11, с. 242]. Оподаткування здійснюється на пропорційній основі, а ставка податку складає 19%.

Величина податків на майно (*podatki majątkowe*) залежить від вартості майна, зміни майнових прав, а також від приросту вартості майна. У Польщі кількість таких податків є досить значною і до них відносять:

- податок з транспортних засобів;
- податок з нерухомості;
- земельний податок;
- лісовий податок;
- податок на спадщину і подарунки;
- податок з цивільних правочинів;
- “тоннажний” податок.

Податок з транспортних засобів регулюється законодавчим актом про місцеві податки і збори [12]. Ставки цього податку, в межах визначених законом, встановлюються радою гміни, а сплата відбувається двома частинами: до 15 лютого та 15 вересня щорічно. Оподаткуванню підлягають вантажні автомобілі та автобуси. До 1997 року податок з транспортних засобів сплачували і власники легкових автомобілів (до початку 90-х років цей податок називався дорожнім податком).

Податок з нерухомості також регулюється законодавчим актом про місцеві податки і збори. Він є місцевим податком, а оподаткуванню підлягають:

- 1) землі, окрім земель сільськогосподарського призначення;
- 2) будинки або їх частини;
- 3) будівлі чи їх частини, які використовуються для господарської діяльності.

Рада гміни щороку визначає величину ставки податку на нерухомість в межах, встановлених законодавством.

Земельний податок регулюється законодавчим актом про земельний податок [13]. Цей податок стягується із земель та будівель сільськогосподарського призначення. Ставка податку законом не визначена і встановлюється в залежності від вартості жита. Вартість визначається відповідно до середніх закупівельних цін за перші 3 квартали попереднього року і встановлюється до 20 жовтня щороку. У



випадку особливо високих цін на жито рада гміни має право знизити вартість жита, що закладається для визначення податкової ставки [14, с. 88].

Лісовий податок був запроваджений в 1991 році законодавчим актом про ліси, сьогодні особливості справляння даного виду податку встановлені законодавчим актом про лісовий податок [15]. При цьому не підлягають оподаткуванню ліси із деревиною віком до 40 років, ліси, внесені до реєстру пам'яток, лісові насадження на території шкіл, університетів, наукових установ і т. п. Шкала оподаткування є пропорційною, ставка оподаткування залежить від виду лісу. Базова ставка відповідає вартості 0,220 м<sup>3</sup> деревини, визначеної відповідно до середньої ціни деревини, проданої управліннями лісового господарства за перші 3 квартали попереднього року.

Податок на спадщину і подарунки стягується на підставі відповідного закону [16]. Розмір податку залежить від податкової групи, до якої відноситься набувач майнових прав. Законом визначаються 3 таких групи, а закріплення набувача за певною групою залежить від ступеня спорідненості між спадкодавцем і спадкоємцем чи дарувальником і обдаровуваним. Чим ближчий ступінь спорідненості, – тим менший розмір податкової ставки (3-7% – 1 податкова група, 7-12% – 2 група і 12-20% – 3 група).

Стягнення податку з цивільних правочинів регулюється окремим законом [17]. Його положеннями визначаються специфічні для кожного з видів цивільних правочинів підстави оподаткування, а також ставки податку. Наприклад, за договором позики податкова ставка становить 2% від суми позики.

“Тоннажний” податок регулюється законом про тоннажний податок [18]. Цей податок стягується за експлуатацію морських торгових суден, що використовуються в міжнародному судноплавстві. Метою введення тоннажного податку в державах Європейського союзу було збільшення конкурентоспроможності операторів, що використовують судна під прапором держав-членів ЄС. Податкова ставка встановлюється в залежності від тоннажності судна.

Останню групу становлять податки від видатків, які називають також податками на споживання (*podatki od wydatków tzw. konsumpcyjne*). Платниками цих податків є суб'єкти господарювання, які здійснюють товарооборот та надають послуги, хоча фактичний тягар по сплаті податків несуть споживачі товарів та послуг, якими є в першу чергу домогосподарства. До цієї групи податків відносять податок на товари та послуги, акцизний податок та податок з ігор.

Податок на товари та послуги регулюється відповідним законодавчим актом [19]. При його справлянні застосовуються 3 види податкових ставок – 22%, 7%, і 0%. Базовою є ставка 22%. Ставка 7% застосовується при продажі деяких видів сільськогосподарських товарів та товарів, пов'язаних із веденням лісового господарства, з охороною здоров'я, споживчих товарів і товарів для дітей, книжок, журналів і т. п. Нульова ставка застосовується щодо експорту.

Акцизний податок регулюється законодавчим актом про акцизний податок [20]. Основною метою акцизу є обмеження споживання деяких товарів через їхню шкідливість або через вичерпання їх резервів. Підакцизними товарами є деякі нафтопродукти, електрична енергія, алкогольні напої, тютюнові вироби. Податкова ставка визначається в різний спосіб – або від вартості, або від кількості продукції. В країнах ЄС акцизний податок на деякі вироби є загальноновстановленим і рівень податкової ставки на таку продукцію визначається директивами ЄС.

Регулювання податку з ігор закріплене в законодавчому акті про азартні ігри [21]. Його платниками є суб'єкти, які здійснюють діяльність у сфері азартних ігор на підставі дозволу чи ліцензії, суб'єкти, що влаштовують ігри, охоплені монополією держави, а також учасники турніру гри в покер. Податкова ставка залежить від виду гри і становить від 10 до 50% бази оподаткування. Якщо ж орган місцевого самоврядування має намір організувати місцеву лотерею з призовим фондом понад 3560,83 zł, то обов'язково повинен отримати дозвіл митного управління на її проведення.

Росінський р., аналізуючи структуру податкових доходів державного бюджету, відзначив, що близько 70% податкових доходів формують податки на споживання [22].

Також в польському податковому законодавстві виділяють збори: казначейський збір (*opłata skarbową*), торговий збір (*opłata targowa*), туристичний збір (*opłata miejscowa*), курортний збір (*opłata uzdrowiskowa*), збір з власників собак (*opłatę od posiadania psów*).

Аналізуючи податкове законодавство та податкову систему Польщі, варто зазначити, що необхідною умовою подальшого розвитку податкового права Польщі є здійснення кодифікації податкового законодавства, подібно тому, як це було відбулося в Україні з прийняттям Податкового кодексу. Також

проблемою податкової системи в Польщі є велика кількість податків та зборів і досить сильний податковий тягар на платників податків.

**Список використаних джерел:**

1. S. Owsiak, *Finanse publiczne: teoria i praktyka*, Wydanie trzecie zmienione, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
2. Ordynacja podatkowa z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 137, poz. 926)
3. B. Brzeziński, *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2010.
4. R. Oktaba, *Ordynacja podatkowa – stosunek prawnopodatkowy*, [w:] A. Nowak-Far, M. Frysztak, A. Mikos-Sitek, R. Oktawa, A. Partyka, J. Sokołowska, P. Zapadka, *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2011.
5. Ustawa o urzędach i izbach skarbowych z dnia 21 czerwca 1996 r. (Dz. U. Nr 106, poz. 489 ze zm.)
6. Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 1999 r. Nr 83, poz. 930 ze zm.)
7. J. Sobiech, E. Denek, J. Wierzbicki, J. Wodniak, *Finanse publiczne*, PWN, Warszawa 1997.
8. A. Komar, *Finanse publiczne*, PWE, Warszawa 1994.
9. Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. 1991 nr 80 poz. 350).
10. Ustawa z dnia 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych. (t. jedn. Dz. U. z 2011 r. nr 74, poz. 397)
11. B. Brzeziński, *Wprowadzenie do prawa podatkowego*, Toruń 2008.
12. Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 121, poz. 844).
13. Ustawa z dnia 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym (Dz. U. 1984 nr 52 poz. 268).
14. W. Damian, *Uwarunkowania funkcjonowania systemu zabezpieczenia społecznego rolników w Polsce*. Toruń 2011, Dom Organizatora TNOiK.
15. Ustawa z dnia 30 października 2002 r. o podatku leśnym (Dz. U. Nr 200, poz. 1682 ze zm.).
16. Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (Dz. U. z 2004 r. Nr 142, poz. 1514 ze zm.).
17. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 nr 54 poz. 535).
18. Ustawą z dnia 24 sierpnia 2006 r. o podatku tonażowym (Dz. U. Nr 183, poz. 1353 ze zm.).
19. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 nr 54 poz. 535).
20. Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626, z późn. zm.).
21. Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540).
22. R. Rosiński, *Podatek u jego klasyfikacja w polskim systemie podatkowym*, [http://www.ieiz.tu.koszalin.pl/dokumenty/wydawnictwo/zeszyty/04/dok\\_04.pdf](http://www.ieiz.tu.koszalin.pl/dokumenty/wydawnictwo/zeszyty/04/dok_04.pdf)

**А. П. Теребей,**

*юрист, магистрантка кафедри гражданско-правовых дисциплин Брестского государственного университета имени А. С. Пушкина (Беларусь)*

### **ВЫЯВЛЕНИЕ ФАКТА ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ РЕКЛАМОРАСПРОСТРАНТЕЛЕМ НЕДОСТОВЕРНОЙ ИНФОРМАЦИИ КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ АННУЛИРОВАНИЯ РАЗРЕШЕНИЯ НА РАЗМЕЩЕНИЕ СРЕДСТВА НАРУЖНОЙ РЕКЛАМЫ**

Нормальное развитие рыночных отношений в условиях конкуренции невозможно без рекламы как важнейшего способа продвижения на рынке товаров, работ и услуг от изготовителя, продавца к потребителю. В связи с этим возникает необходимость правовой регламентации рекламной деятельности, а также ответственности за нарушение законодательства о рекламе.

Одним из видов рекламы является наружная реклама. Статья 2 Закона Республики Беларусь от 10.05.2007 г. № 225-З “О рекламе” (далее – Закон о рекламе) устанавливает следующее определение термина “наружная реклама” – это реклама, размещаемая (распространяемая) на внешних сторонах зданий (сооружений) или вне их с использованием технических средств, специально предназначенных и (или) используемых для размещения (распространения) рекламы, за исключением транспортных средств [1].

Исходя из данного определения можно выделить следующие основные признаки наружной рекламы: а) размещается на внешних сторонах зданий или вне их; б) размещается с использованием специально предназначенных технических средств. Кроме того, размещение рекламы на транспортном средстве не является наружной рекламой, а отдельным видом рекламы, имеющим особенности в правовом регулировании.

Пункт 9 Положения о порядке размещения (распространения) на территории Республики Беларусь наружной рекламы и ее средств, рекламы на автомобильных транспортных средствах, трамваях, троллейбусах, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 12.11.2007 г. № 1497 (далее – Положение), определяет, что для получения разрешения на размещение наружной рекламы рекламораспространитель обязан представить в соответствующий местный исполнительный и распорядительный орган, в частности, письмо о согласии собственника места размещения средства наружной рекламы на размещение наружной рекламы – если место размещения средства наружной рекламы находится в республиканской или частной собственности, за исключением случаев, когда собственник и рекламораспространитель являются одним лицом [2].

При этом согласно п. 20 Положения разрешение на размещение наружной рекламы может быть аннулировано местным исполнительным и распорядительным органом при выявлении факта предоставления рекламораспространителем недостоверной информации.

Следовательно, в случае, если рекламораспространителем для получения разрешения на размещение наружной рекламы были предоставлены недостоверные сведения, то это может являться основанием для аннулирования разрешения.

Подобная ситуация может сложиться, в частности, если здание находится в общей собственности нескольких лиц и разрешение на получение средства наружной рекламы получает один из собственников. Согласно действующего законодательства, когда собственник и рекламораспространитель являются одним лицом, то предоставлять письмо-согласие не нужно. Однако, в предложенной для рассмотрения практической ситуации у здания имеется еще один собственник, в случае неполучения согласия которого на размещение средства наружной рекламы, могут быть ущемлены его права. Поэтому если один из собственников здания не представил при получении разрешения письмо-согласие на размещение наружной рекламы от другого собственника, то, полагаем, в данном случае можно констатировать факт предоставления рекламораспространителем недостоверной информации.

В действующем законодательстве Республики Беларусь отсутствуют нормы, регулирующие процедуру аннулирования разрешения на размещение средств наружной рекламы. Поэтому у лиц, права которых нарушаются размещением средства наружной рекламы, отсутствует механизм защиты своих

прав. В связи с чем данный вопрос требует дополнительного изучения и внесения дополнений в действующее законодательство.

Следует обратить внимание, что норма п. 20 Положения является диспозитивной, так как принятие решения об аннулировании разрешения на размещение средства наружной рекламы относится на усмотрение местного исполнительного и распорядительного органа. Полагаем, что норму п. 20 Положения необходимо изменить и установить не право, а обязанность местного исполнительного и распорядительного органа аннулировать разрешение на размещение средства наружной рекламы в случае обнаружения факта предоставления рекламодателем недостоверной информации.

#### **Список использованных источников:**

1. О рекламе : Закон Республики Беларусь от 10.05.2007 г. № 225-З; с изм. и доп. : текст по состоянию на 29.10.2012 г. [Электронный ресурс]. / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012. – Режим доступа : <http://www.pravo.by>. – Дата доступа : 29.10.2012.

2. О реализации Закона “О рекламе” : постановление Совета Министров Республики Беларусь от 12.11.2007 г. № 1497; с изм. и доп. : текст по состоянию на 29.10.2012 г. [Электронный ресурс]. / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012. – Режим доступа : <http://www.pravo.by>. – Дата доступа : 29.10.2012.



**Цивільне право та процес**

**Гражданское право и процесс**

**Civil Law and Procedure**





**О. В. Бучик,**

*юрист, магистрантка кафедри гражданско-правовых дисциплин Брестского государственного университета имени А. С. Пушкина (Беларусь)*

## **ПРОБЛЕМЫ ОТЧУЖДЕНИЯ КАПИТАЛЬНОГО СТРОЕНИЯ ПРИ ОТСУТСТВИИ ПРАВОУДОСТОВЕРЯЮЩИХ ДОКУМЕНТОВ НА ЗЕМЕЛЬНЫЙ УЧАСТОК**

В ст. 5 Кодекса Республики Беларусь о земле (далее – КоЗ) предусмотрено единство судьбы земельного участка и расположенных на нем капитальных строений (зданий, сооружений), в ст. 55 КоЗ закреплён принцип следования права на земельный участок за правом на строение, расположенное на данном участке. Так, при переходе прав на капитальные строения (здания, сооружения), незавершенные законсервированные капитальные строения к приобретателям этих строений переходят права, ограничения (обременения) прав на земельные участки [1, ст. 5, 55].

Одной из причин отсутствия правоустанавливающих документов на земельный участок может служить то, что до ноября 2006 г. в ст. 10 Закона Республики Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З “О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним” (далее – Закон) отсутствовала норма о том, что государственная регистрация возникновения, перехода, прекращения права, ограничения (обременения) права на капитальное строение (здание, сооружение), незавершенное законсервированное капитальное строение, основанием которых является зарегистрированная сделка, осуществляется одновременно с государственной регистрацией возникновения, перехода, прекращения права, ограничения (обременения) права на земельный участок, на котором расположены эти капитальное строение (здание, сооружение), незавершенное законсервированное капитальное строение [2, ст. 10].

Таким образом, гражданин при приобретении капитального строения мог просто не обратиться за государственной регистрацией перехода права на земельный участок, вследствие чего оно и не перешло.

Можно определить несколько способов разрешения такой ситуации.

Во-первых, в соответствии с законодательством Республики Беларусь существует возможность приобретения права на земельный участок по давности владения.

Согласно ст. 44 КоЗ граждане Республики Беларусь, у которых отсутствуют документ о предоставлении земельного участка либо документ, удостоверяющий право на земельный участок, или которые используют земельный участок, граница и (или) размер которого не совпадают с границей и (или) размером, указанными в документе о предоставлении земельного участка либо документе, удостоверяющем право на земельный участок, но которые добросовестно, открыто и непрерывно владеют земельным участком как своим собственным в течение пятнадцати и более лет, имеют право в соответствии с законодательством приобрести этот земельный участок в частную собственность или получить его в пожизненное наследуемое владение, аренду в сложившейся границе и (или) размере, не превышающем размера, установленного статьей 36 КоЗ.

Добросовестность, открытость и непрерывность владения земельным участком подтверждаются сведениями, внесенными в земельно-кадастровую документацию, либо строительным паспортом и (или) паспортом домовладения и (или) документами об уплате земельного налога [1, ст. 44].

Появление в КоЗ ст. 44 было воспринято землепользователями весьма оптимистично. Не разобравшись в содержании статьи и в механизме ее действия, многие граждане посчитали, что смогут получить в установленном порядке права на землю, которой они пользовались самовольно, да еще самостоятельно выбрать вид права. Как следствие, появились заявления в исполнительные комитеты, отказы в удовлетворении таких заявлений, а в результате – и судебные споры, заканчивающиеся не в пользу граждан [4, с. 15].

Однако норма ст. 44 КоЗ ограничивает возможность приобретения права на земельный участок по давности владения конкретными случаями, а именно:

- отсутствие документа о предоставлении земельного участка;
- отсутствие документа, удостоверяющего право на земельный участок;

– использование земельного участка, граница и (или) размер которого не совпадают с границей и (или) размером, указанными в документе о предоставлении земельного участка либо документе, удостоверяющем право на земельный участок.

При этом владеть таким земельным участком необходимо:

- длительно – не менее 15 лет;
- открыто;
- добросовестно;
- непрерывно.

В целях недопущения возникновения прав на самовольно занятые земельные участки норма ч. 2 ст. 44 КоЗ указывает на конкретные документальные доказательства, которыми подтверждается добросовестность, открытость и непрерывность владения земельным участком: сведения, внесенные в земельно-кадастровую документацию, строительный паспорт и (или) паспорт домовладения и (или) документы об уплате земельного налога.

Во-вторых, Указом Президента Республики Беларусь от 27 декабря 2007 г. № 667 “Об изъятии и предоставлении земельных участков” (далее – Указ № 667) предусмотрен упрощенный порядок (без аукциона, предварительного согласования) предоставления земельного участка при обращении за оформлением правоудостоверяющих документов на земельные участки, на которых расположены капитальные строения (здания, сооружения), зарегистрированные организацией по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним, квартиры в блокированных жилых домах (при соблюдении условий, установленных законодательством), незавершенные законсервированные капитальные строения, принадлежащие им (доли в праве на которые принадлежат им) на праве собственности или ином законном основании (имеется договор, судебное постановление, иной документ, подтверждающий такое право или основание). Тем не менее, согласно нормам Указа № 667, должна быть соблюдена вся процедура предоставления такого земельного участка. То есть, заинтересованное лицо должно обратиться в местный исполнительный комитет с заявлением о предоставлении земельного участка, землеустроительная служба должна разработать проекта отвода земельного участка, согласовать его со всеми заинтересованными органами, после чего местный исполнительный комитет выносит решение об изъятии и предоставлении земельного участка. После данных процедур заинтересованное лицо должно обратиться в организацию по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним за регистрацией возникновения права на такой земельный участок [3, п. 6, 11, 12].

Чаще всего вопрос о необходимости наличия правоудостоверяющих документов на земельный участок возникает при необходимости отчуждения капитального строения, расположенного на таком земельном участке.

В ст. 10 Закона определена последовательность государственной регистрации. Так, согласно ч. 2 п. 5 ст. 10 Закона государственная регистрация возникновения, перехода, прекращения права, ограничения (обременения) права на капитальное строение (здание, сооружение), незавершенное законсервированное капитальное строение, основанием которых является зарегистрированная сделка, осуществляется одновременно с государственной регистрацией возникновения, перехода, прекращения права, ограничения (обременения) права на земельный участок, на котором расположены эти капитальное строение (здание, сооружение), незавершенное законсервированное капитальное строение.

Таким образом, по законодательству Республики Беларусь не существует возможности отчуждения капитального строения без наличия правоудостоверяющих документов на земельный участок, на котором данное капитальное строение расположено.

На практике возникают такие парадоксальные ситуации, когда лицо, намеревающееся приобрести такое капитальное строение у другого лица, является пользователем данного земельного участка (точнее – такой земельный участок является составной частью земельного участка, который предоставлен землепользователю). Однако законодательство Республики Беларусь не позволяет совершить сделку с таким капитальным строением, пока у собственника капитального строения будут отсутствовать правоудостоверяющие документы на земельный участок, на котором находится данное капитальное строение, даже если в настоящий момент данный земельный участок предоставлен в будущем покупателю капитального строения.

Предлагаем п. 5 ст. 10 Закона дополнить третьей частью следующего содержания:

“При отчуждении капитальных строений (зданий, сооружений), зарегистрированных организацией по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним, квартиры в блокированных жилых домах (при соблюдении условий, установленных законодательством), незавершенных законсервированных капитальных строений, принадлежащих (доли в праве на которые принадлежат) на праве собственности или ином законном основании (имеется договор, судебное постановление, иной документ, подтверждающий такое право или основание), не требуется оформление правоудостоверяющих документов на земельные участки, на которых они расположены, если в результате такого отчуждения землепользователь не будет изменен”.

**Список использованных источников:**

1. Кодекс Республики Беларусь о земле: Кодекс Респ. Беларусь, 23 июля 2008 г. № 425-З: Принят Палатой представителей 17 июня 2008 г. : Одобр. Советом Респ. 28 июня 2008 г. // Консультант Плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. – Минск, 2012.
2. О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним: Закон Республики Беларусь, 22 июля 2002 г. № 133-З. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. – Минск, 2012.
3. Об изъятии и предоставлении земельных участков: Указ Президента Республики Беларусь, 27 декабря 2007 г. № 667 // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. – Минск, 2012.
4. Кобаса К. Приобретение права на земельный участок в результате длительного владения / К. Кобаса // Личный юрист. – 2012. – № 5. – С. 15 – 20.

**У. Б. Воробель,**

*викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ*

### **НАЯВНІСТЬ ТОТОЖНОЇ ЦИВІЛЬНОЇ СПРАВИ ЯК ПІДСТАВА СКАСУВАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ІЗ ЗАЛИШЕННЯМ ЗАЯВИ БЕЗ РОЗГЛЯДУ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ**

Звертаючись до суду, особа, яка подала заяву, завжди прагне отримати відповідь на заявлені нею вимоги у формі рішення суду. Однак розгляд справи, ініційований такою особою, не завжди може завершитись ухваленням рішення. Адже бувають випадки, коли суд в силу певних обставин, не може дати відповідь на поставлені перед ним питання та визначити долю заявлених вимог, а зобов'язаний завершити провадження у справі в одній із форм, спеціально встановлених для цього законодавцем. Однією із таких форм закінчення розгляду цивільних справ без ухвалення рішення і є залишення заяви без розгляду. Однак застосування інституту залишення заяви без розгляду на стадії апеляційного перегляду судових рішень має ряд особливостей, які обумовлені специфічними рисами цієї стадії цивільного судочинства. Так, наприклад, відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 307 та ч. 1 ст. 310 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК України), апеляційний суд за наслідками розгляду апеляційної скарги на рішення суду першої інстанції може залишити заяву без розгляду з підстав, передбачених ст. 207 ЦПК України, але лише з одночасним скасуванням рішення суду нижчестоящої інстанції.

На думку науковців, реалізуючи повноваження щодо скасування рішення суду першої інстанції та залишення заяви без розгляду, апеляційний суд здійснює виправлення помилок, спричинених порушенням судом першої інстанції норм процесуального права [1, с. 56], а саме тих помилок, які нижчестоящий суд допустив під час застосування ст. 207 ЦПК України [2, с. 370]. Слід визнати, що таке трактування науковцями повноваження, передбаченого ч. 1 ст. 310 ЦПК України, не позбавлене логіки. Адже, відповідно до правової конструкції п. 4 ч. 1 ст. 307 та ч. 1 ст. 310 ЦПК України, це повноваження поєднує дві самостійні за своїм характером процесуальні дії: скасування апеляційним судом рішення суду першої інстанції, що свідчить про допущення нижчестоящим судом помилки при розгляді чи вирішенні справи (в протилежному випадку не було б сенсу скасовувати правильне по суті і справедливе рішення), та залишення заяви без розгляду, що вказує на характер допущеної помилки – не застосування судом першої інстанції норм інституту залишення заяви без розгляду, за наявності підстав для цього або ж застосування цього інституту, проте з невірних підстав (в протилежному випадку не було б сенсу виправляти помилку, допущену судом першої інстанції, саме в такий спосіб).

Однією з таких підстав скасування рішення суду першої інстанції із залишенням заяви без розгляду може бути обставина, передбачена п. 4 ч. 1 ст. 207 ЦПК України (якщо спір між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав розглядається в іншому суді, суд залишає заяву без розгляду). У науковій літературі висловлюються думки, що у разі виникнення цієї обставини під час розгляду справи в суді першої інстанції, але виявлення її вже апеляційним судом, застосування підстави, передбаченої п. 4 ч. 1 ст. 207 ЦПК України, під час скасування судового рішення із залишенням заяви без розгляду, матиме певні особливості. Зокрема, йдеться про ті випадки, коли рішення, прийняте у провадженні, що розпочато пізніше (у другій справі), стало об'єктом апеляційного перегляду до прийняття рішення у провадженні, що розпочато скоріше (у першій справі). Так, Ю. О. Тимофєєв вважає, що наявність відкритого провадження у справі, що була розпочата скоріше, не повинна бути підставою для скасування апеляційним судом рішення із залишенням заяви без розгляду у справі, яка, хоча і була розпочата пізніше, проте в якій суд ухвалив рішення швидше [1, с. 56].

Видається, що така пропозиція науковця хоча і є дещо не до кінця продумана, проте не позбавлена раціонального зерна. Скасовуючи рішення і залишаючи заяву без розгляду, як уже ми зазначали, апеляційний суд намагається виправити процесуальні помилки, допущені судом першої інстанції. Проте порушення норм процесуального права можуть бути підставою для скасування рішення лише тоді, коли вони призвели до неправильного вирішення справи (ч. 3 ст. 309 ЦПК України). А чи має суттєве значення для ухвалення законного і обґрунтованого рішення місцезнаходження суду, адже і так будь-

який суддя, керуючись нормами матеріального та процесуального права, при розгляді справи повинен бути об'єктивним і неупередженим? Здається, що ні.

Окрім цього, видається несправедливим, що апеляційний суд, скасовуючи рішення і залишаючи заяву без розгляду, фактично зводить нанівець усю роботу, що була виконана як судом першої інстанції при розгляді і вирішенні цієї справи, так і інших учасників цивільного процесу, і лише тому, що позивач, зловживаючи своїм пільговим становищем (адже виникнення зазначеної обставини відбувається тоді, коли позивач у випадках, встановлених законом, має альтернативу у виборі суду, що буде розглядати його справу), допустив порушення умов реалізації права на пред'явлення позову. Та більше, усі учасники такої справи повинні повторно проходити усю процедуру розгляду справи, втрачаючи свій час, ресурси і сили, але тепер в іншому суді (в суді, який першим відкрив провадження у справі). У зв'язку з чим постає логічне запитання, а як же принцип процесуальної економії, чи не суперечить такий спосіб законодавчого урегулювання зазначеної ситуації цьому постулатові цивільного процесуального права? Це питання видається риторичним.

Таким чином, позиція, відповідно до якої встановлення апеляційним судом під час перегляду судового рішення, що провадження у справі, в якій було прийнято це рішення, відкрито пізніше ніж у тотожній справі, провадження у якій хоча і було відкрито скоріше, проте яке ще й досі не завершилось ухваленням рішення по суті справи, не може бути підставою для скасування такого рішення із залишенням заяви без розгляду з підстави, передбаченої п. 4 ч. 1 ст. 207 ЦПК України, видається більш слушною, аніж та, що запропонована нині законодавцем, хоча і вимагає більшої конкретизації.

Зокрема, потрібно визначитись із відповідями на запитання про долю справи, провадження у якій було розпочато скоріше, а також про правові наслідки ухвалення у ній судового рішення (а це можливо, наприклад, тоді, коли з певних причин суду так і не стало відомо про вже існуюче рішення по тотожній справі, провадження у якій було розпочато пізніше)? Щодо першого запитання, то видається логічним, що провадження у такій справі суд мав би закрити, з огляду на наявність на той момент судового рішення, яке набрало законної сили, ухваленого з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, тобто з підстави, передбаченої п. 2 ч. 1 ст. 205 ЦПК України. Найбільш вірогідно, що про наявність такого рішення суду стане відомо саме від відповідача, проте не виключено, що про це повідомлять й інші особи, які беруть участь у справі. Видається, що слід закріпити і за апеляційними судами можливість повідомляти судам нижчестоящої інстанції про наявність зазначеної обставини. У випадку ж, коли з тих чи інших причин суду першої інстанції на момент ухвалення рішення у першій справі так і не було відомо про наявність уже рішення у тотожній справі, та видається доцільним надати можливість скасовувати апеляційним судом саме це рішення, як таке, що було прийняте пізніше, і закривати провадження у справі, на підставі п. 2 ч. 1 ст. 205 ЦПК України (це унеможливить виникнення двох різних по суті судових рішень в одній справі). Але таке його скасування, очевидно, можливе буде лише за умови апеляційного оскарження відповідного судового рішення.

#### **Список використаних джерел:**

1. Тимофеев Ю. А. Полномочия суда второй инстанции в гражданском процессе. Современные проблемы / Юрий Алексеевич Тимофеев. – М. : Волтерс Клувер, – 2008. – 81 с.
2. Сеник С. В. Цивільне процесуальне право : навч. посібник / С. В. Сеник, р. Я. Лемик. – Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – 424 с.



**Е. В. Гаврилов,**

*главный специалист юридического отдела Министерства образования и науки Красноярского края (Россия)*

### **О НЕОБХОДИМОСТИ ЗАКРЕПЛЕНИЯ НОРМ О ЗАЩИТЕ ДОБРОЙ ПАМЯТИ ОБ УМЕРШЕМ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И УКРАИНЫ**

В соответствии с пунктом 1 статьи 150 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), пунктом 1 статьи 151 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК РБ) в случаях и в порядке, предусмотренных законом (законодательством), личные неимущественные права и другие нематериальные блага, принадлежавшие умершему, могут осуществляться и защищаться другими лицами, в том числе наследниками правообладателя.

Обновленный проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – Проект изменений в ГК РФ), разработанный на основе Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, предполагает изложить статью 150 ГК РФ в новой редакции, в частности исключает упоминание о возможности осуществления личных неимущественных прав и других нематериальных благ, принадлежавших умершему, не упоминает о “личных неимущественных правах” умершего и не конкретизирует категорию “других лиц”. Проект изменений в ГК РФ исходит из того, что в случаях и в порядке, предусмотренных законом, нематериальные блага, принадлежавшие умершему, могут защищаться другими лицами [1].

Отсюда делаем следующий вывод. В России и Республике Беларусь признается гражданско-правовая защита нематериальных благ, принадлежавших умершему. Нематериальные блага, принадлежавшие умершему, защищаются не всегда, а только в случаях и в порядке, предусмотренных законом. Защиту нематериальных благ, принадлежавших умершему, осуществляют “другие лица”, понятие которых в российском и белорусском гражданском законодательстве не раскрыто.

Действующее российское и белорусское гражданское законодательство предусматривает защиту чести и достоинства умершего (абзац второй пункта 1 статьи 152 ГК РФ, абзац второй пункта 1 статьи 153 ГК РБ). Помимо этого в ГК РФ содержатся нормы о защите изображения гражданина после его смерти (статья 152.1 ГК РФ), авторства умершего и имени автора, который умер (абзац второй пункта 2 статьи 1267 ГК РФ). Проект изменений в ГК РФ дополняет указанный перечень нематериальных благ, принадлежавших умершему, которые подлежат защите другими лицами, деловой репутацией и неприкосновенностью частной жизни [1].

Гражданское законодательство Украины не содержит общей нормы о защите нематериальных благ, принадлежавших умершему. Однако косвенно такая защита предусмотрена в ГК Украины (часть 2 статьи 277 ГК, часть 2 статьи 296, часть 4 статьи 303 ГК Украины). Более того ГК Украины в качестве самостоятельного нематериального блага закрепляет уважение к человеку, который является умершим (статья 298 ГК Украины). Однако статья 298 ГК Украины, на наш взгляд, имеет крайне узкое содержание и касается только уважения к телу умершего человека и месту погребения человека.

Насколько оправданно существование защиты нематериальных благ умершего с позиции теории права? Как могут защищаться другими (заинтересованными) лицам (субъектами права) нематериальные блага, принадлежавшие умершим (которые не являются субъектами права)?

После смерти гражданина прекращается его правоспособность (пункт 2 статьи 17 ГК РФ, пункт 2 статьи 16 ГК РБ, пункт 4 статьи 25 ГК Украины), соответственно он утрачивает право иметь имущественные и личные неимущественные права, лишается нематериальных благ, их защита при этом априори невозможна. Нельзя защищать то, чего нет.

Получается, ГК РФ, ГК РБ и ГК Украины защищают некоторые нематериальные блага гражданина после его смерти, то есть те нематериальные блага, которые уже не существуют и для умершего лица безразличны.

К слову, нормы о защите некоторых нематериальных благ, принадлежавших умершим, существуют в зарубежных правовых порядках. Так, например, в штате Калифорния (США) действует так называемый Закон “О мертвых знаменитостях”, защищающий внешний облик и изображение покойных кинозвезд,

музыкантов, спортсменов и других известных личностей. Аналогичный закон планируется принять также в штате Нью-Йорк (США) [2].

Ученые объясняют указанный правовой парадокс по-разному: начиная от признания умерших субъектами правоотношений, существования бессубъектных субъективных прав, заканчивая обоснованием теорий о привязке субъективных прав к индивидуализирующим характеристикам правоотношений, “феноменом переживания” и “правилом интереса” (В. А. Белов) [3, с. 634-639].

Считаем, что мертвый человек не является субъектом правоотношений, а идея существования “бессубъектных” субъективных прав изначально обречена на провал, так как без субъекта права нет субъективных прав. Думается, “феномен переживания” нематериальных благ и личных неимущественных прав и “правила интереса” по поводу них необходимо связывать с такой правовой категорией как добрая память об умершем.

Хотелось бы предложить наше видение существующей проблемы и предложения по ее разрешению.

Другие (заинтересованные) лица защищают вовсе не нематериальные блага умершего (ибо без субъекта права нет и нематериальных благ), а свое собственное нематериальное благо – добрую память об умершем, поскольку сохранение доброй памяти о человеке общественно значимо [4]. Защищаются в таком случае интересы общества и личные интересы близких к умершему лиц.

Одним из первых эту мысль высказал известный отечественный ученый-юрист р. Е. Гукасян еще в 1973 году.

Гукасян р. Е. пришел к следующим выводам: *“...исходные общие данные и анализ отдельных институтов права, регулирующих охрану доброй памяти умерших лиц, дают основание признать, что “интересы” умерших не могут быть предметом правовой охраны. Последняя осуществляется в интересах общества и личных интересах близких к умершему лиц”* [5, с. 61-66].

Очевидно, что при жизни человек имел различные нематериальные блага: жизнь и здоровье, честь, достоинство и деловую репутацию, внешний облик и индивидуальность, авторство, имя, частную жизнь и др. С момента смерти гражданина его нематериальные блага утрачиваются, однако совокупность качеств и оценок, составляющая суть данных нематериальных благ, продолжает существовать в воспоминаниях переживших этого гражданина лиц, образует добрую память об умершем человеке.

По нашему мнению добрая память об умершем человеке – это положительные морально-этические и общественно-социальные качества, принадлежащие человеку до его смерти, которые после смерти человека являются предметом уважения и гордости для общества и заинтересованных лиц, каким-либо образом связанных с человеком, который умер.

Добрая память об умершем человеке – это нематериальное благо живого лица – субъекта права, который в законодательстве именуется другим (заинтересованным) лицом. Он заинтересован защищать свою добрую память о существовавших нематериальных благах гражданина, который к моменту защиты умер. Соответственно заинтересованное лицо имеет свой собственный интерес к защите, ибо умершему человеку все равно о том, что принадлежавшие ему нематериальные блага были нарушены, так как он мертв и не является субъектом права.

Гукасян р. Е. писал: *“В исках, предъявляемых в защиту неприкосновенности произведений или других личных неимущественных прав, чести и достоинства умерших лиц, предметом судебной защиты наряду с общественными выступают и личные интересы заявителей, вследствие чего они занимают в гражданском деле положение истцов”* [5, с. 61-66].

В настоящее время в России добрая память об умершем человеке защищается, по сути, только в уголовно-правовом порядке (см., например, постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14.07.2011 № 16-П “По делу о проверке конституционности положений пункта 4 части первой статьи 24 и пункта 1 статьи 254 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С. И. Александрова и Ю. Ф. Ващенко”), что явно недостаточно для полноценной защиты заинтересованных лиц, для которых дорога добрая память об умершем человеке. К тому же уголовно-правовая защита нематериальных благ умерших имеет свои проблемы [6, с. 17-23].

Добрую память об умершем, учитывая, что она является нематериальным благом, необходимо защищать не только в уголовно-правовом, но и в гражданско-правовом порядке.

Для этого необходимо определиться с категорией других (заинтересованных) лиц, которые защищают свою добрую память об умершем. Действующее российское законодательство не раскрывает содержание термина “заинтересованные лица”.

Резник Г. М. по этому поводу пишет следующее: *“Нуждается в определении и понятие “заинтересованные лица”. Круг таких лиц куда точно не очерчен. Судебная практика противоречива. Известны случаи обращения в суд с иском о защите чести и достоинства известных исторических фигур. Разрешаются такие требования по-разному. Например, иск о защите чести и достоинства Карла Маркса не был принят к рассмотрению, поскольку истец не смог доказать родство с основоположником. А вот обращение о защите И. В. Сталина, заявленное одним из его почитателей, было рассмотрено по существу, и доказательств родственных отношений с “вождем всех народов” суд от истца не потребовал”* [7, с. 126].

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 “О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц” к категории заинтересованных лиц относит, например, родственников и наследников.

В соответствии с пунктом 2 статьи 277 ГК Украины право на ответ, а также на опровержение недостоверной информации об умершем лице принадлежит членам его семьи, близким родственникам и другим заинтересованным лицам.

Интересной представляется позиция И. В. Тюленева, исследующего защиту чести, достоинства и деловой репутации по российскому и международному законодательству. И. В. Тюленев считает, что нельзя ограничивать состав лиц, заинтересованных в защите чести и деловой репутации умерших, лишь одними родственниками, поскольку в гражданском обороте участвуют некоммерческие организации, целью которых является реализация духовного и творческого наследия умерших политических, общественных деятелей, творческих личностей. По мнению И. В. Тюленева, общественные организации, задачи которых неразрывно связаны с изучением деятельности, творческого наследия, жизненных этапов какого-либо общественного, политического или национального лидера, также заинтересованы в восстановлении нарушенных чести и деловой репутации умерших. Заинтересованность непосредственно выражается в восстановлении доброго имени, памяти того человека, изучением жизнедеятельности которого посвящена деятельность некоммерческой организации. В итоге И. В. Тюленев уточняет круг заинтересованных лиц, которые должны иметь право на защиту чести и деловой репутации умерших. В частности, к таким лицам следует относить всех граждан и юридических лиц, права и интересы которых могут быть ущемлены в связи с нарушением чести и деловой репутации умершего [8, с. 12, 26].

Думается, к другим (заинтересованным) лицам по смыслу статьи 150 ГК РФ и аналогичным нормам белорусского и украинского гражданского законодательства можно относить всех лиц, для которых дорога добрая память об умершем. К таким лицам могут относиться, в частности, члены семьи, родственники, наследники, друзья, коллеги по работе и т. п.

По нашему мнению статью 150 ГК РФ необходимо дополнить нормой о том, что добрая память об умершем человеке может защищаться заинтересованными лицам (членами семьи, родственниками, наследниками, друзьями, коллегами по работе и проч.). В связи с этим из гражданского законодательства должны быть исключены нормы о защите нематериальных благ и личных неимущественных прав умершего человека.

При этом не видим необходимости ограничивать защиту доброй памяти об умершем случаями и порядком, предусмотренными только законом (как это закреплено в действующей редакции статьи 150 ГК РФ), ибо нематериальные блага (к которым относится добрая память об умершем) могут защищаться не только в случаях и порядке, предусмотренных законом, но и в тех случаях и тех пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав (статья 12 ГК РФ) вытекает из существа нарушенного нематериального блага или личного неимущественного права и характера последствий этого нарушения (пункт 2 статьи 150 ГК РФ).

Аналогичные изменения целесообразно предусмотреть в гражданском законодательстве Республики Беларусь и Украины.

#### **Список использованных источников:**

1. Проект федерального закона “О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации” [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/file.xp?idb=2891758&fn=47538-6.doc&size=2793984>.

2. В Калифорнии принят закон о защите прав “мертвых знаменитостей” [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.rollingstone.ru/articles/cinema/events/2917.html>.
3. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М. : Издательство Юрайт, 2009. – 993 с.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (постатейный) (под ред. А. П. Сергеева) // СПС “Консультант-плюс”.
5. Гукасян р. Е. Правовая охрана памяти об умерших и предмет судебной защиты / р. Е. Гукасян // Правоведение. – 1973. – № 1. – С. 61-66.
6. Гаврилиди Н. Г. Право на судебную защиту чести, достоинства и доброго имени умершего подозреваемого (обвиняемого), подсудимого как элемент конституционного права на справедливое судебное разбирательство / Н. Г. Гаврилиди // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2011. – Выпуск 3(13). – С. 17-23.
7. Понятие чести, достоинства и деловой репутации: Спорные тексты СМИ и проблемы их анализа и оценки юристами и лингвистами. Изд. 2-е, перераб. и доп. / Под ред. А. К. Симонова и М. В. Горбаневского. – М. : Медея, 2004. – 328 с.
8. Тюленев И. В. Защита чести, достоинства и деловой репутации по российскому и международному законодательству / И. В. Тюленев // Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – М., 2010. – 29 с.

**Г. О. Єльчик,**

*Приватний вищий навчальний заклад "Фінансово-правовий коледж"*

## **РЕЧОВІ ПРАВА НА ЧУЖЕ МАЙНО В УКРАЇНІ**

Речове право являє собою той фундамент, на якому будується правова система будь-якої держави. Речовим визнається таке право, за яким забезпечується задоволення інтересів управомоченої особи шляхом безпосереднього впливу на річ без сприяння інших осіб. В свою чергу, речовим правом на чуже майно є таке право, яке істотно обмежує право власності особи, яка є власником цього майна, але не може замінити його.

Процес становлення речового права на чуже майно в сучасному українському суспільстві відбиває те суперечливе положення, у якому воно знаходиться, ті етапи розвитку, що проходить українська держава в процесі створення нової економіки і формування цивільного законодавства, характерного для правової держави.

Ще в стародавню епоху цивільне право в галузі речових відносин не задовольнялося тільки однією власністю, і вже були відомі деякі права на чужі речі. Сутність прав на чужі речі полягала в тому, що суб'єкт цього права мав змогу користуватися нею. Але оскільки одним із істотних обмежень права приватної власності є права на чужі речі, які належали іншим особам, то, зрозуміло, особа, яка мала право на чужу річ не могла володіти такими широкими повноваженнями як власник [1, с. 77-78].

Інститут речових прав на чужі речі (майно) свої характерні особливості, які відрізняють його від інших речових інститутів. Це речове право – абсолютне, виключне. Воно може бути припинене тільки самим суб'єктом цього права або на підставі закону. Це право не може бути припинене тим суб'єктом, права якого обмежуються речовими правами.

Дуже зацікавлену ситуацію з позицій навчання про речові права закріплює правило п. 3 ст. 564 ЦК. Відповідно до нього покупець підприємства (майнового комплексу) до переходу до нього права власності на зазначений об'єкт вправі розпоряджатися майном і правами, що входять до складу переданого підприємства у тій мірі, у якій це необхідно для цілей з якими було придбано підприємство.

Речове право на чужу річ істотно обмежує право власності особи, яка є власником цього майна.

Основною передумовою виникнення речового права на чужу річ є нагальна потреба певної особи скористатися чужою річчю чи майном для задоволення власних потреб, які ця особа не може задовольнити власним майном. Також існують певні підстави за яких виникає речове право на чужі речі: на підставі закону, заповіту, за рішенням суду, на основі договору.

Передусім речове право може бути встановлено законом. Наприклад, законодавець може своїм законом встановити право певних осіб покласти електролінію, трубопровід, шляхопровід через чужі земельні ділянки. Законом встановлюється право користування житлом членів сім'ї власника цього житла, право збирати в лісі ягоди, горіхи, каміння тощо.

Власник майна може встановити речове право на використання свого майна після своєї смерті за заповітом. Спадкоємцем заповідач може зазначити одну особу, водночас надавши іншій особі право обмеженого користування успадкованим майном спадкоємця [2, с. 52].

У деяких випадках речове право на чужу річ може бути встановлено судовим рішенням. Наприклад, сусіди власника земельної ділянки постійно ходили через неї до річки. Сусіди звернулися до суду і мотивували свої вимоги тим, що їх діди ходили через цю ділянку і вони мають право проходу. Суд може визнати вимогу сусідів обгрунтованою.

Речові права можуть припинятися: при поєднанні в одній особі суб'єкта речового права і власника майна (речі), обтяженого речовим правом.

Закон відносить до речових прав на чуже майно: право володіння; право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій) [3, ч. 1 ст. 395]. Проте цей перелік не є вичерпним, бо законом можуть бути передбачені інші речові права на чуже майно.



До речових прав на чуже майно відносяться також застава та притримання як речово-правові засоби забезпечення виконання зобов'язань, які підлягають детальному розгляду в подальших главах.

Питання визначення правової природи обмежених речових прав на чуже майно були предметом пильної уваги правників (зокрема, романистів) протягом багатьох століть. Як зазначається в літературі, римському приватному праві, крім права власності, були відомі й інші речові права. Однак єдності поглядів з цього питання ні римські юристи, ні сучасні правники й дотепер не досягли. Зазначене обумовлює важливість обрання єдиного підходу до вирішення цієї важливої проблеми стосовно всіх обмежених речових прав на чуже майно [4, с. 85 ].

Речові права слід розглядати як різновид цивільних прав. Аргументи на користь такої точки зору можуть полягати у наступному: по-перше, сам факт можливості виникнення суб'єктивного цивільного права і основний його зміст визначається положеннями об'єктивного (за загальним правилом, хоча і не завжди) права, тобто закріплюється у відповідних нормах актів цивільного законодавства. Речові права на чуже майно нормативно визначені положеннями Розділом II Книги третьої Цивільного Кодексу; по-друге будь-яке суб'єктивне цивільне право має забезпечуватися правовим захистом, інакше його здійснення уповомоченим суб'єктом не завжди може бути можливим.

Стаття 396 ЦК визначає, що речові права на чуже майно у випадку їх порушення захищаються шляхом застосування правових засобів, визначених законодавством для захисту права власності; по-третє, суб'єктивним цивільним правам уповомоченого суб'єкта завжди кореспондують відповідні обов'язки зобов'язаної особи. Ця характерна для суб'єктивних цивільних прав ознака теж є наявною при аналізі змісту відносин, які виникають при встановленні обмежених речових прав на чуже майно; по-четверте, обмеженим речовим правам на чуже майно, наданим особам, які не визнаються власниками, притаманні такі ознаки самостійних категорій речових прав як право слідування і абсолютний захист, включаючи і захист від порушень з боку власника [5, с. 365].

Отже, з вище наведеного можна зробити висновок, що речовими правами на чуже майно, визначаються такі права, які належать не тільки власнику, а й іншій особі, яка не має права власності на них, але може володіти і користуватися ними за власним бажанням.

#### **Список використаних джерел:**

1. Цивільне право України: Навчальний посібник / За ред. р. О. Стефанчука. – К. : Наукова думка; Прецедент, 2004. – 448 с.
2. Новицкий И. Б. Римское частное право. – М., 1972. – С. 112
3. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.
4. Михайленко О. О. Інститут прав на чужі речі в умовах реформування цивільного законодавства України / О. О. Михайленко // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2007. – №4. – С. 88.
5. Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 2. – 640 с.

**Т. П. Карнаух,**

*помічник судді Конституційного Суду України, аспірант кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права*

## **ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ**

Основоположні гарантії захисту прав фізичних та юридичних осіб закладено у ст. 55 Конституції України, на підставі якої кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Після використання всіх національних засобів правового захисту кожен може звернутися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна [1].

У ст. 94 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) зазначено, що особисті немайнові права юридичної особи захищаються відповідно до глави 3 цього Кодексу, де передбачено такі види захисту прав та інтересів цивільних прав у разі їх порушення: 1) захист цивільних прав та інтересів судом (ст. 16); 2) захист цивільних прав та інтересів Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування (ст. 17); 3) захист цивільних прав нотаріусом (ст. 18); 4) самозахист цивільних прав (ст. 19) [2].

За захистом особистих немайнових прав юридичні особи найчастіше звертаються до суду, а тому ми зупинимося на окремих аспектах юрисдикційної форми захисту особистих немайнових прав юридичних осіб.

Більшість справ з приводу захисту особистих немайнових прав юридичних осіб вирішується у місцевих судах. Як зазначає А. Г. Ярема: “Ефективний захист цивільних прав судами не тільки сприяє відновленню порушеного права та ліквідації шкідливих наслідків порушення, а й має велике загальне превентивне, значення: якщо учасники цивільних відносин впевнені у тому, що порушені, невизнані або оспорювані цивільні права, свободи чи інтереси будуть ефективно захищені, вони будуть звикати до того, що розумніше добровільно виконати свої цивільні обов’язки, ніж виконувати ці обов’язки примусово та нести при цьому додаткові витрати” [3, с. 195]. Ще одним аргументом на користь судової форми захисту цивільних прав є те, що вона найповніше відповідає принципу рівності учасників цивільних правовідносин.

Способами захисту цивільних прав та інтересів у суді відповідно до ст. 16 ЦК можуть бути: 1) визнання права; 2) визнання правочину недійсним; 3) припинення дії, яка порушує право; 4) відновлення становища, яке існувало до порушення; 5) примусове виконання обов’язку в натурі; 6) зміна правовідношення; 7) припинення правовідношення; 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб; 11) інші способи, встановлені договором або законом.

Способами захисту **ділової репутації** юридичної особи від поширення недостовірної інформації можуть бути, крім права на відповідь та спростування недостовірної інформації, також і вимоги про відшкодування збитків та моральної шкоди, заподіяної такими порушеннями як фізичній, так і юридичній особі (п. 27 Постанови пленуму Верховного Суду України № 1 від 27.02.2009 р. “Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи”) [4]. Відповідно до п. 6 Інформаційного листа Вищого господарського суду України № 01-8/184 від 28.03.2007 р. “Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію” приниженням ділової репутації суб’єкта господарювання (підприємця) “є поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, що дискредитують спосіб ведення чи результати його господарської (підприємницької) діяльності, у зв’язку з чим знижується вартість його нематеріальних активів. Зазначені дії завдають майнової та моральної шкоди

суб'єктам господарювання, а тому ця шкода за відповідними позовами потерпілих осіб підлягає відшкодуванню" [5].

Крім наведених, дослідники називають такі способи захисту права на недоторканність ділової репутації як визнання права; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення [6, с. 10].

Досить типовими у правозастосовній діяльності судів є справи про захист ділової репутації, спростування недостовірної інформації та відшкодування моральної шкоди. Саме з таким позовом приватне підприємство "Л" звернулося до журналу "С" та гр-на С. Позивач зазначав, що в липневому номері журналу "С" за 2005 рік у рубриці "Оборудование" було надруковано статтю під назвою "Участок ремонта ходовой части автомобиля". У статті її автор гр-н С. зауважує, що "каретки старого образца (электромеханических подъемников "С") представляют собой более шумную конструкцию шариковоподшипниковыми составляющими, которые с грохотом движутся по колесу)" та "Полагаю, Вы не сторонник шумовых эффектов. В этом случае не стоит приобретать подъемники", і таким чином відповідачі поширили інформацію про те, що фірма "С", офіційним представником якої в Україні є позивач, продає морально застарілу продукцію. Посилаючись на те, що зазначена інформація не відповідає дійсності, принижує ділову репутацію, позивач просив захистити його право на недоторканність ділової репутації шляхом зобов'язання відповідачів спростувати цю інформацію в статті гр-на С. у черговому номері журналу "С" протягом місяця з дня набрання рішенням законної сили та відшкодувати завдану йому моральну шкоду. Суд задовольнив вимоги позивача та стягнув на його користь з журналу "С" 4000 грн. моральної шкоди, а з гр-на С. – 1000 грн. моральної шкоди [7].

Припинення дії, яка порушує право і відновлення становища, яке існувало до порушення розглядаються дослідниками як один із способів захисту **таємниць юридичної особи**. Наприклад, в разі захисту особистого немайнового права юридичної особи на комерційну таємницю, на думку В. Синенка, зазначені способи є найбільш розповсюдженими. Він переконаний, що саме припинення дій, які створюють загрозу застосування порушення права є найефективнішим способом. Натомість відновлення становища, яке існувало до порушення права, може виражатися у забороні особам, які незаконно отримали інформацію, використовувати її у своїх власних цілях, забороні подальшого використання, в зобов'язанні повернення матеріальних носіїв (різноманітної документації) або їх знищення [8, с. 19]. З висловленою позицією не погоджується Н. Коробцова, наголошуючи, що в разі розголошення адвокатської або банківської таємниці не можна відновити становище, що існувало до порушення права, оскільки конфіденційна інформація вже піддана розголосу. Тому тут швидше слід вести мову про можливість тільки припинення дій, що порушують право [9, с. 102].

Важливість правового інституту банківської таємниці для правової системи Української держави, засвідчує узагальнення "Судової практики розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб" за 2007–2009 роки, здійснене Верховним Судом України [10]. В узагальненні здійснено аналіз статистичних даних указаної категорії справ, визначено правовий режим інформації, яка містить банківську таємницю, підстави та правила її розкриття відповідно до вимог вітчизняного законодавства, а також процесуальні особливості розгляду справ, пов'язаних з розкриттям банківської таємниці, на прикладі правозастосовної практики судів різних інстанцій.

Професор О. Кохановська вважає, що до основних способів цивільно-правового захисту **права на інформацію**, як нематеріального блага, відноситься право вимагати через позов до суду від порушника наступного: визнання права; відновлення порушення, яке існувало до порушення права; визнання його дій незаконними; припинення дій, які порушують право чи створюють загрозу його порушення; визнання недійсним акту державного органу чи органу місцевого самоврядування; відшкодування збитків; відшкодування моральної шкоди; опублікування відповіді потерпілого; спростування судом відомостей, які порочать честь, гідність чи ділову репутацію потерпілого (в тому числі у ЗМІ), якщо особа, яка поширила такі відомості не доведе, що вони відповідають дійсності [11, с. 370].

Прикладом захисту права юридичної особи на інформацію може слугувати справа за позовом ТОВ "АТБ-маркет" до Приватного підприємства "Авеню" та Громадської організації "Форум порятунку Дніпропетровська" з позовом про спростування недостовірної інформації, поширеної у статті Любові Каптелої "Последователи Дона Корлеоне или Открытое письмо в УСБУ в Днепропетровской области", опублікованої на стор. 2 в № 72 (576) газети "ЛИЦА" (видавець ПП "Авеню") від 16.09.2009 р. У

статті, за твердженням позивача, містилася неправдива інформація щодо його підприємницької діяльності та третьої особи (Корпорація «АТБ», смт. Ювілейне, Дніпропетровська обл.), що шкодила його діловій репутації та формувала у читачів негативне до нього ставлення. У своєму рішенні по справі № 18/240-09 від 08.12.2009 р. Господарський суд Дніпропетровської області задовольнив вимоги позивача і зобов'язав відповідача спростувати недостовірну інформацію, викладену в опублікованій статті шляхом публікації, після набрання судовим рішенням законної сили, у першому, найближчому випуску тієї ж газети, на тій же сторінці, тим же шрифтом, того ж розміру тексту спростування [12].

Цікавою є судова практика в частині захисту **права юридичних осіб на найменування**. Яскравим прикладом захисту цього особистого немайнового права юридичних осіб способом припинення дії, яка порушує право є відомі справи за позовами Компанії Гугл Інк. (Google Inc.) США проти так званих компаній-кіберсквотерів в Україні, Російській Федерації, Білорусі, які неправомірно використовуючи доменне ім'я позивача, вводять споживачів в оману щодо послуг, які надаються з використанням зазначеного комерційного найменування.

Так само ТОВ «ТЕКО» ТОВ звернулося до господарського суду м. Києва з позовом про зобов'язання ТОВ «ТЕКО ГРУП» припинити використання у господарській діяльності, в тому числі в найменуванні відповідача, словесного позначення «ТЕКО», що є схожим з комерційним найменуванням позивача, та змінити найменування відповідача шляхом його перереєстрації. В результаті розгляду справи судові інстанції, з урахуванням висновку судової експертизи та інших наявних у справі доказів, обґрунтованого встановили, що повне комерційне (фірмове) найменування відповідача «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО Груп» і його скорочене комерційне (фірмове) найменування – «ТОВ «ТЕКО Груп» є схожими настільки, що їх можна сплутати, з повним комерційним (фірмовим) найменуванням позивача – «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО» ТОВ» і скороченим комерційним найменуванням позивача – «ТОВ «ТЕКО» ТОВ»; «комерційне найменування «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО Груп» (ТОВ «ТЕКО Груп») може ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари та надає послуги під комерційним найменуванням «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО» ТОВ» (ТОВ «ТЕКО» ТОВ). Окрім наведеного в ході експертного дослідження у справі було встановлено, що: комерційні (фірмові) найменування позивача та відповідача містять тотожні основні частини, які вказують на їх організаційно-правову форму – «товариство з обмеженою відповідальністю, ТОВ», тотожні розрізняльні елементи (обов'язкова допоміжна частина) – «ТЕКО», а слова «ТОВ» та «ГРУП» (факультативна допоміжна частина) є суттєво схематично схожими. До того ж позивач і відповідач діють переважно в однакових сферах господарської діяльності, виробляють однорідні товари та надають однорідні послуги; відтак, у випадку одночасного використання позивачем і відповідачем на ринку України їх комерційних найменувань виникає ймовірність виникнення у споживачів продукції (послуг), що випускаються (надаються) підприємствами з такими найменуваннями, уявлення про спільне комерційне джерело їх походження; комерційне (фірмове) найменування «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО Груп», ТОВ «ТЕКО Груп» може викликати асоціативне уявлення у споживачів про позивача. Враховуючи наведене, суд дійшов висновку про необхідність задоволення позову [13].

Отже, для кожного з вищенаведених особистих немайнових прав юридичної особи притаманні характерні їм способи захисту. Втім юридична особа, захищаючи свої особисті немайнові права, може застосовувати як один із зазначених способів захисту, так і кілька з них, зважаючи на їх ефективність та відповідність змісту порушеного права.

#### **Список використаних джерел:**

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
3. Ярема А. Г. Право особи на ефективні засоби судового захисту цивільних прав та інтересів / А. Г. Ярема // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – Т. 20 (59). – № 1. – 2007. – С. 195–202.
4. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27 лютого 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09).

5. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію : Інформаційний лист Вищого господарського суду України № 01-8/184 від 28 березня 2007 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vgsu.arbitr.gov.ua/news/680/>.
6. Жидкова О. С. Цивільно-правовий механізм захисту права на недоторканність ділової репутації : автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 “Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / О. С. Жидкова. – Х., 2008. – 16 с.
7. Рішення Апеляційного суду м. Києва від 27.07.2006 р. по справі № 22-5990/2006 // Юридична практика. Судовий випуск. – № 2. – 20 лютого 2007 р.
8. Синенко В. С. Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав : автореф. дисс. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. : спец. 12.00.03 “Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право” / В. С. Синенко. – Белгород, 2002. – 22 с.
9. Коробцова Н. В. Цивільно-правова охорона таємниць особистого життя людини : Наукове видання. – Х. : ХДЕУ, 2004. – 120 с.
10. Судова практика розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/D48EE1653B8A0C2EC22576F900413C23?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=D48EE1653B8A0C2EC22576F900413C23&Count=500&>.
11. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : Монографія. – К. : Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2006. – 463 с.
12. Рішення Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 06.10.2010 р. по справі № 18/240-09 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8851234>.
13. Постанова Вищого Господарського Суду України від 14.10.2008 р. № 12/295 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2109250.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2109250.html).



**Ю. В. Кляин,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПРОБЛЕМЫ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ В СВЯЗИ С РАЗВИТИЕМ ПИРАТСТВА В СЕТИ ИНТЕРНЕТ**

Никто сегодня не будет спорить с утверждением, что Интернет – это явление. Явление состоявшееся, полезное, с одной стороны, и вредное с другой. Информационные ресурсы Интернета включают информацию в виде электронных документов разных типов – текстовые, аудио– и видеоматериалы, графические объекты, базы данных, программы и прочее. Как правило, цель представления информации в Интернет – довести ее до сведения других пользователей. Уникальность Интернета состоит в том, что можно в любое время дня и ночи, однократно или многократно знакомиться с материалами, размещенными в сети, копировать их, отсылать кому-нибудь при условии, что у вас есть выход в Интернет. И вот тут-то и возникает проблема – проблема авторского права в сети Интернет.

Существует два противоположных взгляда на данную относительно данного вопроса. Одни выступают за верховенство закона в сети, другие – за полную свободу распространения информации.

Масштабы распространения пиратских материалов в Интернете огромны. Насколько это все актуально для Беларуси можно судить по отчету BSA (BusinessSoftwareAlliance – торговая ассоциация, созданная в 1988 году и представляющая интересы ряда крупнейших в мире разработчиков программного обеспечения). В рейтинге стран с самым высоким уровнем использования пиратского программного обеспечения Беларусь находится на восьмом месте. Его доля достигает 88% – это худший показатель среди стран СНГ. В России этот показатель равен 80%. Абсолютные цифры в мировом масштабе тоже впечатляют: доля пиратского программного обеспечения достигает 42%, а общий объем рынка контрафактного программного обеспечения в 2011 году оценивался в \$64 миллиарда [1].

На сегодняшний день нормы, регулирующие защиту авторских прав в мировой информационной паутине, либо отсутствуют, либо далеки от совершенства и на практике реализуются не в полной мере. Актуальны вопросы нарушения авторских прав и привлечения к ответственности нарушителей этих прав.

Эти вопросы являются проблемными для всех стран мирового сообщества, но каждая страна борется с пиратством в Интернете по-своему.

В Республике Беларусь авторское право защищено Гражданским кодексом, Законом об авторском праве и смежных правах. Наказания за нарушение авторского права закреплены в Уголовном кодексе и в Кодексе Республики Беларусь об административных правонарушениях. Эти акты содержат лишь общие положения об авторском праве и смежных правах, наказания за их нарушение, однако, не содержат никаких реальных механизмов позволяющих привлечь к ответственности Интернет-пиратов и ограничить количество контрафактных материалов.

В США была предпринята попытка создать специализированные законы для борьбы с пиратством – SOPA (StopOnlinePiracyAct) и PIPA (ProtectIntellectualPropertyAct). В законопроектах предлагалось расширить возможности американских правоохранительных органов и правообладателей в борьбе с нелегальным контентом в Интернете, торговлей интеллектуальной собственностью, защищенной авторским правом, и контрафактом, а за нарушение этих законов предусматривалось наказание – от 5 лет тюрьмы и возмещение нанесенного ущерба. Сторонники законопроектов заявляли, что они необходимы для сохранения прибылей организаций, рабочих мест и защиты интеллектуальной собственности. Особо отмечалось, что они помогут эффективно бороться с сервисами, расположенными за пределами США и не находящимися под их юрисдикцией. Однако эти законопроекты встретили огромный отпор со стороны общественности и крупных интернет-корпораций – Google, Wikipedia, Facebook, YouTube и многих других, считая, что они ограничивают свободу слова в Интернете. В результате под давлением общественности рассмотрение законопроектов отложено на неопределенный срок [2].

Аналогичная судьба постигла международное соглашение по борьбе с контрафактной продукцией (АСТА), которое было встречено огромной волной протестов. Соглашение было подписано США, Ав-

стралией, Японией, большинством стран ЕС и некоторыми другими государствами, однако, ни одна из этих стран его не ратифицировала [3].

Касательно судебной практики по делам об авторском праве в сети Интернет, то она весьма не многочисленна, тому есть ряд причин. Во-первых, такие споры чаще улаживаются в досудебном порядке. С одной стороны, понимая силу закона, потенциальный ответчик не желал идти в суд и проигрывать дело, а истец понимал, что в условиях современного уровня знаний судей в сфере Интернета обосновать и отстоять свои права будет не просто. Это и есть еще одна причина – уровень знаний судейского корпуса в сфере интернет-технологий оставляет желать лучшего, что существенно усложняет отстаивание своих интересов.

Примерами успешной борьбы с пиратством служат крупнейшая файло-обменная сеть Megaupload – закрытая в начале 2012 года, и ее основатель Ким Дотком находящийся под следствием. И крупнейший в мире торрент-трекер “PirateBay” создатели которого были осуждены на год тюрьмы и штрафа в размере 6.5 миллионов долларов. Несмотря на складывающиеся положительные тенденции, масштаб пиратства в Интернете не снижается.

Очевидна необходимость совершенствования антипиратского законодательства. Для создания акта, который сможет урегулировать общественные отношения в сети Интернет, необходимо учесть опыт создания подобных актов в прошлом и основополагающие принципы существования сети Интернет:

1. Соблюдение принципа свободы информации. Интернет всегда является той площадкой, на которой каждый может высказать свое мнение, найти единомышленников и найти место для самовыражения. Однако в последнее время принимаются или планируются к принятию законы, которые прямо или косвенно делают Интернет-ресурсы менее доступными для большинства. К примеру, такие страны как Китай, Корея устанавливают фильтры для целого ряда сайтов;

2. Рассмотрение проблемы с разных сторон – относительно мнения о полной свободе информации в сети и противоположного взгляда о верховенстве права в сети. Необходимо проведение диалога и учет интересов каждой из сторон, поскольку важно не допустить ограничения свободы слова в Интернете. В диалоге должны участвовать представители крупных компаний чьи права нарушаются чаще всего (кино– и звукозаписывающие компании, компании-разработчики программного обеспечения), интернет-корпорации являющиеся крупнейшими распространителями информации, представители общественности и государственных органов власти. Нельзя допускать лоббирования одной группы интересов в ущерб другой, как это получилось с проектами законов SOPA, PIPA и АСТА;

3. Международный диалог в решении проблемы пиратства. Интернет – явление мирового масштаба, следовательно, решать проблему пиратства тоже необходимо в мировом масштабе.

В заключение хотелось бы отметить, что необходимо усовершенствование законодательства для эффективной защиты авторских прав. Законодательного акта, который закрепляет механизмы привлечения к ответственности нарушителей на данный момент в Республике Беларусь не существует. Создание подобного акта необходимо, в противном случае масштабы Интернет-пиратства будут увеличиваться. Такой акт должен законодательно закреплять механизмы взаимодействия государственных органов, правообладателей и Интернет-провайдеров с целью выявления и блокировки пользователей, в отношении которых есть основания полагать, что они занимаются Интернет-пиратством и в последующем привлекать их к ответственности. Разрешение этой проблемы также требует расширения международного сотрудничества, создания международного соглашения, служащего базой для создания и совершенствования антипиратского законодательства в отдельно взятых государствах. Так же важным условием является недопущение ограничения свободы слова в Интернете.

#### **Список использованных источников:**

1. BSA Global Software Piracy Study 2011 // Business Software Alliance [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : <http://portal.bsa.org/globalpiracy2011/>. – Дата доступа : 25.10.2012.
2. StopOnlinePiracyAct // Wikipedia [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Stop\\_Online\\_Piracy\\_Act](http://ru.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act). – Дата доступа : 25.10.2012.
3. Торговое соглашение по борьбе с контрафакцией // Wikipedia [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Торговое\\_соглашение\\_по\\_борьбе\\_с\\_контрафакцией](http://ru.wikipedia.org/wiki/Торговое_соглашение_по_борьбе_с_контрафакцией). – Дата доступа : 25.10.2012.

**Е. А. Лебедева,**

*Могилёвский государственный университет имени А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА**

Современное белорусское законодательство чрезвычайно мобильно и поэтому нуждается в существенных изменениях и дополнениях. Отношение государства к судебной практике является одним из проявлений правовой политики государства. Чтобы определить возможность высших судов выполнять нормотворческие функции и степень обязательности судебных актов, следует провести анализ законодательства.

В понятие судебной практики включаются единообразные решения и определения судов общей компетенции и хозяйственных судов, вынесенные при разрешении по существу конкретных гражданских дел, а также постановления и разъяснения Пленумов Верховного Суда (далее – ВС) и Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь (далее – ВХС).

Судья, рассматривая дело, по которому сложилась судебная практика, может вынести несколько иное решение, если придет к выводу, что сложившаяся практика не соответствует закону. В таком смысле судебная практика не является источником гражданского права.

Наряду с этим судебная практика оказывает существенное значение для выработки единообразного понимания и применения гражданского законодательства судебными органами, так как без неё обеспечение правопорядка в обществе невозможно.

Судебная практика, с одной стороны, тесно взаимодействует с наукой гражданского права. Она воспринимает теории, идеи, вырабатываемые наукой. С другой стороны, судебная практика является исходной базой для совершенствования гражданского законодательства [5, с. 84].

Применение гражданско – правовых норм к разрешению конкретных споров в судебной практике даёт возможность судить о полноте и эффективности действующих норм права, обнаруживать пробелы и ставить вопрос об их устранении. Подобные обобщения судебной практики содержатся в постановлениях высших судебных инстанций. Пленум ВС Республики Беларусь и Пленум ВХС Республики Беларусь рассматривают материалы изучения и обобщения практики разрешения споров, судебной статистики и дают судам в порядке судебного толкования разъяснения по вопросам применения законодательства Республики Беларусь, возникшим при рассмотрении судебных дел [5, с. 85].

В теории права высказана точка зрения об актах толкования высших судебных инстанций как об интерпретационных актах. Речь идет о постановлениях Пленумов ВС и ВХС Республики Беларусь. Следует отметить, что названные акты являются правовыми. Они издаются компетентными государственными органами (высшими судебными инстанциями), имеют обязательный характер, формально закреплены [3, с. 31].

Интерпретационный акт неотделим от толкуемого нормативного акта. Соответственно, при утрате нормативным актом юридической силы утрачивает значение и интерпретационный акт. От правоприменительного акта интерпретационный отличается тем, что первый связан с решением конкретного дела, а последний имеет общий характер [5, с. 85].

Система гражданского законодательства динамично развивается. Такой процесс происходит и с судебной практикой. Судебная практика и гражданское законодательство дополняют друг друга, поэтому при изучении гражданского права необходимо учитывать их содержание и тенденции развития.

Решения, выносимые судами по конкретным гражданско-правовым спорам, не могут считаться источником гражданского права, поскольку имеют индивидуальный характер и отражают особенности отдельных споров. Однако такие решения дают материал для правильного понимания и применения действующих правовых норм и должны внимательно изучаться. Судебные решения публикуются в правовых системах как в электронном формате, так и в реестрах.

В качестве источников гражданского процессуального права могут рассматриваться постановления Пленума ВС Республики Беларусь, Постановления ВХС Республики Беларусь. Эти судебные органы не только реализуют, но и формируют гражданскую процессуальную политику, обеспечивают единство судебной практики.

Раз'яснення Пленума ВС и Пленума ВХС представляють собою ставший традиційним в Республіці Беларусь спосіб вираження судової практики.

Неоднозначне відношення до судової практики в офіційній доктрині и правової реальності викликало теоретичне обговорення питання про правову природу керівних роз'яснень Пленума ВС и Пленума ВХС Республіки Беларусь. Існує різноманітність точок зору, що керівні роз'яснення Пленумів не можуть порівнюватися з підзаконними нормативними актами, вони лише роз'яснюють те, що міститься в тих нормах права, яким присвячено дане постановлення, и здійснюють судову тлумачення, роз'яснення права, але не нормотворчість, надають величезний вплив на всі напрями судової практики и разом з тим дають матеріал для видання нових законів [4, с. 54].

Норми права, роз'яснення вищих судових органів вирішують питання про необхідних доказальних засобах як шляхом визначення необхідних засобів доказування, так и кола необхідних фактів, обов'язкових для встановлення по конкретним категоріям справ. В одних випадках законодавець или вищі судові органи обмежуються вказанням необхідних засобів доказування. В інших – вказанням необхідних фактів. В-третьєх – визначають як коло необхідних фактів, так и процесуальні засоби їх встановлення [4, с. 63].

Таким чином, на основі всього вищеизложеного можна зробити порівняльний аналіз аргументів на користь судової практики як джерела громадянського права, и аргументів, заперечуючих її такою.

Аргументи “В користь”:

1) Судова практика має велике значення для виробки єдиного розуміння и застосування громадянського законодавства.

2) Єдине розуміння и застосування законодавства сприяє забезпеченню правопорядку в суспільстві.

3) Судова практика тісно взаємодіє з наукою громадянського права.

4) Вона є початковою базою для удосконалення громадянського законодавства.

5) Допомогає виявляти прогалини в громадянському законодавстві и ставити питання про їх усунення.

6) Роз'яснення Пленумів ВС и ВХС Республіки Беларусь не тільки реалізують, але и формують громадянсько-процесуальну політику, забезпечують єдину судову практику.

Аргументи, свідчать про неефективність судової практики як джерела громадянського права :

1) Складившись судова практика може не повністю відповідати діючому громадянському законодавству.

2) Рішення, виносимі судами по конкретним громадянсько-правовим спорам, не можуть вважатися джерелом громадянського права, оскільки мають індивідуальний характер и відображають особливості окремих справ.

Зробивши висновок про те, чи є судова практика джерелом громадянського права можна сказати, що так, вона безумовно їм є. Доказом цього є аргументи на користь приведені вище. Дані аргументи не можна не брати до уваги, відповідаючи на дане питання, так як вони є вагомими и дуже переконливими.

#### Список використаних джерел:

1. Громадянський кодекс Республіки Беларусь: прийнятий Палатою представителів 28 окт. 1998 г. : одобрений Радою Республіки 19 листопада 1998 г. : текст Кодексу по станом на 03.07.2011 г. // КонсультантПлюс: Беларусь. Технологія Проф / ООО “ЮрСпектр”. -Мінськ, 2012.

2. Кодекс Республіки Беларусь про судовабудівництво и статусі судей // від 29 червня 2006 // в ред. Законів Республіки Беларусь від 13.07.2012 г. № 198 – 3 // КонсультантПлюс: Беларусь. Технологія Проф / ООО “ЮрСпектр”. -Мінськ, 2012.

3. Колбасін Д. А. Громадянське право. Загальна частина / Д. А. Колбасін. – Мінськ: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2004. – 496 с.

4. Загальна теорія держави и права: курс лекцій / А. Ф. Вишневіський, Н. А. Горбаток, В. А. Кучинський; під заг. ред. А. Ф. Вишневіського. – Мінськ: Тесей, 1998. – 576 с.

5. Чигір В. Ф. Громадянське право: підручник в 3 т. Т. 1 / під заг. ред. В. Ф. Чигіра. – Мінськ : Амалфея, 2008. – 864 с.



**Н. Е. Малащенко,**

*Гомельский филиал Международного университета “МИТСО” (Беларусь)*

## **ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ БАНКОВСКОГО КРЕДИТОВАНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Предпринимательская деятельность является одним из важнейших факторов формирования и развития рыночной экономики. Содействует решению таких вопросов как создание новых рабочих мест, насыщение рынка товарами и услугами, увеличению налоговых поступлений в бюджет государства, повышению благосостояния и качества жизни.

В последние годы в социально-экономическом развитии Республики Беларусь произошли изменения в области определения правил ведения предпринимательской деятельности, направленные на улучшение делового климата и повышение инвестиционной привлекательности нашего государства. Создание благоприятных условий для предпринимательской деятельности определено Директивой Президента Республики Беларусь от 31 декабря 2010 г. № 4 как один из основных стратегических факторов устойчивого социально-экономического развития республики [1].

В процессе осуществления предпринимательской деятельности неизбежно происходит столкновение частных интересов субъектов хозяйствования и публичных интересов общества. Задача государства – уравновесить эти интересы и избежать существенного конфликта сторон. Достижение такого баланса является задачей правового государства.

Правовой основой кредитования индивидуальных предпринимателей является гл. 18 Банковского кодекса Республики Беларусь [2] и Инструкция о порядке предоставления (размещения) банками денежных средств в форме кредита и их возврата, утвержденная Постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 30.12.2003 № 226 (далее – Инструкция № 226) [3].

Особенности регулирования кредитования индивидуальных предпринимателей в соответствии с Инструкцией № 226:

- перечень документов, представляемых индивидуальным предпринимателем для получения кредита, банк определяет самостоятельно;
- погашение (возврат) кредита и уплата процентов за пользование им производятся индивидуальными предпринимателями, имеющими текущие (расчетные) счета, как в безналичной форме, так и наличными денежными средствами ежемесячно или в ином порядке в соответствии с кредитным договором и законодательством Республики Беларусь.

В настоящее время банкам предоставлена широкая возможность самостоятельно определять процедуру кредитования индивидуальных предпринимателей и осуществлять такое кредитование. Однако практика показывает, что не законодательные рестрикции в области кредитования не позволяют отечественным банкам массово предоставлять кредиты предпринимателям.

До издания Президентом Республики Беларусь Директивы № 4 белорусскими исследователями назывались следующие факторы, препятствующие развитию в нашем государстве данного сектора банковских услуг:

- в целом индивидуальные предприниматели не имеют навыков работы с банковскими продуктами и не всегда доверяют банкам. Нередко недостаточная культура экономических отношений не дает возможности предпринимателю осуществлять верное оформление отчетности, планирование своей деятельности, в т. ч. бизнес-планирование. Также индивидуальный предприниматель не всегда согласен открыть для банка полную информацию об осуществляемых операциях;
- ограниченное количество документов, позволяющих банку провести комплексный финансовый анализ деятельности предпринимателя, оценить перспективы его деятельности, реальность погашения кредита. Учет товарных и финансовых потоков индивидуальный предприниматель зачастую осуществляет в самостоятельно разработанных регистрах либо не осуществляет вовсе, движение по текущему (расчетному) счету индивидуального предпринимателя (при наличии такового) также не дает целостной картины, а большинство банков, в свою очередь, отказываются принимать на себя риски возмож-



ной недостоверности сведений, получаемых из так называемой “управленческой отчетности” предпринимателя либо с его слов;

– неготовность большинства банков к работе с индивидуальным предпринимателем. Обслуживание индивидуального предпринимателя, в т. ч. кредитование – это отдельный сектор, отдельное направление банковской деятельности. И надо понимать, что наращивание объемов предоставления индивидуальным предпринимателям кредитов является весьма непростым вопросом организационно-маркетингового выбора каждого конкретного банка. Специфика кредитования индивидуального предпринимателя очень велика и требует отделения такого процесса от кредитования как более крупных клиентов, так и физических лиц, разработки его как нового продукта с соответствующей технологией, подходами и процедурами. Ведь, к примеру, в идеале в целях минимизации рисков банк должен произвести не только оценку реального финансового состояния специфичного заемщика – индивидуального предпринимателя с составлением аналога баланса, отчета о прибылях и убытках и расчета движения денежных средств, но и тщательно проверить деятельность предпринимателя на месте ее осуществления, наличие, условия хранения предмета залога, ознакомиться с организацией договорных отношений предпринимателя, проанализировать рынок сбыта и конкурентоспособность продукции (услуг, работ), проверить деловую репутацию предпринимателя, информацию о наличии в собственности недвижимости, иных активов, а также о доходах и расходах семьи предпринимателя в целом, принимая во внимание, что индивидуальный предприниматель – это физическое лицо, скрупулезно сопровождать выданный кредит, контролируя деятельность заемщика. Такое отношение к организации процесса кредитования выражается в необходимости привлечения широкого круга специалистов, и не только кредитных работников и риск-менеджеров, что существенно повышает издержки банка по таким операциям, которые, учитывая незначительность суммы кредита, не будут соответствовать целевому уровню процентной маржи по привлеченным и размещенным ресурсам в условиях, по существу, ограничения максимального размера процентов по кредитам [4].

В настоящее время благодаря разработке новой нормативно-правовой базы в сфере банковского кредитования индивидуальных предпринимателей прослеживаются такие положительные изменения как:

– совершенствование порядка оказания государственной финансовой поддержки субъектам малого и среднего предпринимательства, осуществляемой в рамках программ государственной поддержки малого предпринимательства [1];

– возможность предоставления субъектам малого предпринимательства льготных микрокредитов без подготовки ими инвестиционных проектов, а также упрощены условия для обращения субъектов малого предпринимательства за государственной финансовой поддержкой [1].

В то же время ожидаемый экономический эффект от реализации внесенных в законодательные акты изменений в полной мере не достигнут в связи с ухудшением экономической ситуации в целом по стране. Результатом проведенного учеными-экономистами А. Назаровым и Д. Булова исследования стал вывод о том, что в III квартале 2011 г. доступность кредитов всех категорий кредитополучателей снизилась, и в дальнейшем ожидается ухудшение условий банковского кредитования как в белорусских рублях, так и в иностранной валюте. Кроме того банки отметили существенное увеличение процентных ставок по кредитам в белорусских рублях всем категориям кредитополучателей, и в большей степени в сегменте малого и среднего бизнеса [5, с. 49-50]. Изменение условий кредитования определяли неблагоприятные условия привлечения банками средств как на внутреннем, так и на внешнем рынках, ужесточение условий по операциям Национального банка Республики Беларусь и переход банков к более прагматичной политике управления активами и пассивами.

Таким образом, можно констатировать наличие следующих особенностей в сфере правового регулирования банковского кредитования индивидуальных предпринимателей в Республике Беларусь: наличие возможностей для получения индивидуальными предпринимателями государственной финансовой поддержки либо льготных микрокредитов; отсутствие законодательно утвержденного перечня документов, представляемых индивидуальным предпринимателем в банк для получения кредита; допустимость погашения (возврат) кредита и уплаты процентов за пользование им как в безналичной форме, так и наличными денежными средствами. При этом условия банковского кредитования зависят не только от правовой урегулированности взаимоотношений банка с различными категориями кредитополучателей, но и от экономической стабильности в стране, что влияет на повышение либо снижение требований к финансовому положению кредитополучателей и качеству обеспечения кредитов.

**Список использованных источников:**

1. О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь: Директива Президента Республики Беларусь от 31.12.2010 № 4 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] /ООО “ЮрСпектр”. – Минск: 2012.
2. Банковский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 3 октября 2000 г. : одобрен Советом Республики 12 октября 2000 г. (с изм. и доп. по состоянию на 14.06.2010) // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] /ООО “ЮрСпектр”. – Минск: 2012.
3. Об утверждении Инструкции о порядке предоставления (размещения) банками денежных средств в форме кредита и их возврата: Постановление Правления Национального банка Республики Беларусь от 30 декабря 2003 г. № 226, рег. номер в НРПА 8/10459 от 23 января 2004 г. (с учетом изменений от 10.08.2012) // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] /ООО “ЮрСпектр”. – Минск: 2012.
4. Никончик А. Характеристика регулирования деятельности индивидуальных предпринимателей для целей кредитования / А. Никончик, В. Никончик // Главный Бухгалтер. Банковская деятельность. – 2006. – № 2. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://systema-by.com/docs/bitf4/dk-tv5tza.html>. – Дата доступа: 28.10.2012.
5. Назаров А. Обследование изменений банковского кредитования / А. Назаров, Д. Булова // Банковский вестник. – 2012. – № 4 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nbrb.by/bv/narch/549/9.pdf>. – Дата доступа: 03.11.2012.

**Е. А. Масикова,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **РЕГЛАМЕНТИРОВАНИЕ И СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РЕКВИЗИЦИИ И КОНФИСКАЦИИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

Статья 2 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее ГК) закрепляет принцип неприкосновенности собственности и прекращение этого права может произойти лишь в случаях прямо предусмотренных законом: по воле собственника или помимо его воли. Реквизиция и конфискация являются ярким примером из способов прекращения права собственности помимо воли собственника.

Статья 243 ГК регламентирует реквизицию как один из способов прекращения права собственности.

Основанием реквизиции является публичный интерес, выражающийся в необходимости использования данного имущества в определенных критических ситуациях для общественной пользы. В этой связи устанавливаются следующие условия, при наличии которых допускается реквизиция:

- 1) возникновение стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотии и иных обстоятельств, носящих чрезвычайный характер;
- 2) необходимость изъятия имущества у собственника в интересах общества для преодоления негативных последствий указанных выше чрезвычайных обстоятельств;
- 3) выплата собственнику стоимости имущества.

Порядок и условия реквизиции имущества должны быть установлены специальным законом. Реквизиция осуществляется по решению уполномоченных государственных органов, то есть в административном порядке. Однако оценка, по которой собственнику возмещается стоимость реализованного имущества, может быть оспорена в суде.

Реквизиция не является следствием противоправных действий собственника. В этой связи при отпадении общественной надобности в реквизиционном имуществе при прекращении действия обстоятельств, в связи с которыми произведена реквизиция, бывший собственник вправе требовать возврата ему такого имущества. Данное требование предъявляется в судебном порядке.

Реквизиция возможна лишь со своевременной и полной компенсацией стоимости реквизиционного имущества и других убытков, причиняемых реквизицией. Порядок и условия реквизиции, а также выплаты компенсации стоимости реквизиционного инвестиционного имущества и других убытков, причиняемых реквизицией, устанавливаются законами Республики Беларусь.

Исходя из статьи 244 ГК Конфискация представляет собой меру имущественной ответственности лица за совершение правонарушения и состоит в принудительном безвозмездном изъятии имущества у собственника с прекращением права собственности и передачей его в собственность государства.

Как правило, конфискация применяется по отношению к имуществу, находящемуся в собственности лица, нарушившего соответствующую норму права. Так, в преамбуле постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 23 сентября 1999 г. № 8 “О практике назначения судами конфискации имущества по уголовным делам” предусматривается, что конфискация имущества как вид уголовного наказания состоит в принудительном безвозмездном изъятии в собственность государства всего или части имущества, являющегося частной собственностью осужденного. Согласно пункту 8 этого же постановления при конфискации всего имущества конфискация обращается на все движимое и недвижимое имущество осужденного, находящееся в его собственности, в том числе на ценные бумаги и проценты по ним, а также на его долю в общей собственности, но не может быть обращена на долю других лиц, владеющих имуществом совместно с осужденным на праве общей собственности.

Однако конфискация может применяться не только в отношении собственника, но и в отношении владельца имущества, являющегося собственностью других лиц. Так, в соответствии с частью первой ст. 6.10 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее КоАП) конфискации подлежат также предмет административного правонарушения, орудия и средства совершения административного правонарушения независимо от того, в чьей собственности (на праве хозяйственного ведения, оперативного управления) они находятся.

Конфискация применяется за различные по своему характеру правонарушения. Это могут быть не только уголовные преступления, но и административные правонарушения, и нарушения гражданско-правовых норм. Согласно ст. 170 ГК при умышленном заключении сделки, совершение которой запрещено законодательством, в доход Республики Беларусь взыскивается все полученное сторонами по такой сделке.

Отсутствие в КоАП ограничительного положения, исключающего возможность конфискации предметов, не находящихся в собственности лица, привлекаемого к административной ответственности, обусловлено необходимостью защиты публичных интересов государства. Ведь сам собственник далеко не всегда является непосредственным участником общественных отношений, возникающих по поводу принадлежащего ему имущества; его участие может быть опосредовано действиями других субъектов, которым он вверяет свое имущество в управление, владение или пользование и которые от его имени совершают в отношении него соответствующие действия. В таких случаях указанное имущество может стать предметом административного правонарушения со стороны лица, которому оно вверено собственником, или орудием его совершения. Прежде всего это характерно для таможенных правонарушений, субъектами которых являются, как правило, не собственники, а лица, перемещающие товары, и таможенные посредники, декларирующие, представляющие и предъявляющие товары и транспортные средства от собственного имени.

В то же время является проблематичным применение специальной конфискации в отношении отдельных видов арестованного (изъятых) имущества и предметов правонарушения (например, денежные средства, принятые с нарушением установленного порядка приема; вся иностранная валюта, находящаяся у правонарушителя при приеме валюты в качестве платежного средства) с учетом того, что согласно пункту 2 статьи 129 ГК Республики Беларусь изъятыми из оборота являются объекты гражданских прав, нахождение которых в обороте не допускается посредством указания в законе.

Исходя из вышеизложенного аресту не подлежат следующие необходимые для лица, привлеченного к административной ответственности, и лиц, находящихся на его иждивении, виды имущества и предметы, принадлежащие ему на праве собственности или являющиеся его долей в общей собственности:

1) жилой дом с хозяйственными постройками или отдельные его части либо квартира, если лицо, привлеченное к административной ответственности, и его семья постоянно в нем (в ней) проживают;

2) у лиц, проживающих в сельской местности, – единственная корова, при отсутствии коровы – единственная телка; в хозяйствах, не имеющих ни коровы, ни телки, – единственная коза, овца или свинья; домашняя птица;

3) корм для скота и домашней птицы, необходимый до сбора новых кормов или до выгона скота на пастбище;

4) у лиц, занимающихся сельским хозяйством, – семена сельскохозяйственных культур, необходимые для очередного посева;

5) предметы домашней обстановки, утвари, одежда:

– одежда – на каждое лицо: один плащ и осеннее пальто, одно зимнее пальто или тулуп, один зимний костюм (для женщин два зимних платья или два костюма), головные уборы по одному на каждый сезон (для женщин, кроме того, два летних платка и один теплый платок или шаль), другая одежда и головные уборы, длительное время находившиеся в употреблении и не представляющие ценности;

– обувь, белье, постельные принадлежности, кухонная и столовая утварь, находившиеся в употреблении (за исключением предметов, сделанных из драгоценных материалов, а также предметов, имеющих художественную ценность);

– мебель – по одной кровати (или тахте) и стулу на каждое лицо, один стол, один шкаф для одежды на семью;

– бытовая техника – один холодильник, один телевизор на семью;

– все детские принадлежности;

6) пищевые продукты в количестве, необходимом для лица, привлеченного к административной ответственности, и его семьи до нового урожая (для проживающих в сельской местности), а в остальных случаях – пищевые продукты и деньги на общую сумму в размере месячной заработной платы должника, но не менее четырехкратного размера базовой величины, установленной законодательством Республики Беларусь;

7) топливо, необходимое для приготовления пищи и отопления жилого помещения семьи в течение отопительного сезона;

8) инвентарь (в том числе пособия и книги), необходимый для продолжения профессиональных занятий лица, привлеченного к административной ответственности, за исключением случаев, когда лицо, привлеченное к административной ответственности, постановлением суда лишено права заниматься соответствующей деятельностью или когда инвентарь использовался им для совершения административного правонарушения;

9) транспортные средства, специально предназначенные для передвижения инвалидов;

10) международные и государственные награды и призы, которыми награждено лицо, привлеченное к ответственности.

Хотя конфискация и реквизиция являются способами прекращения права собственности и имеют схожие признаки, касающиеся этого, но их различия состоят в ряде критериев:

1) по основаниям применения. При конфискации это различные по своему характеру правонарушения. Основанием реквизиции является публичный интерес, выражающийся в необходимости использования данного имущества в определенных критических ситуациях для общественной пользы.

2) по цели осуществления. Реквизиция осуществляется для преодоления негативных последствий чрезвычайных обстоятельств. Конфискация представляет собой меру имущественной ответственности лица за совершение правонарушения.

3) Конфискация состоит в принудительном безвозмездном изъятии имущества у собственника с прекращением права собственности и передачей его в собственность государства. Реквизиция возможна лишь со своевременной и полной компенсацией стоимости реквизированного имущества и других убытков, причиняемых реквизицией.

Таким образом и конфискация и реквизиция играют важную роль в защите общества, личности и государства от противоправных деяний и содействуют достижению общественной пользы в целом.

#### **Список использованных источников:**

1. Гражданский Кодекс Республики Беларусь: принят Платой представителей 28 октября 1998г. : одобр. Советом Респ. 19 ноября 1998г. : текст Кодекса по состоянию на 16 января 2012 г. – Минск: Амалфея, 2012. – 752 с.

2. Гражданское право : учебник. В. 2 ч. Ч. 1 / Под. общ. ред. проф. В. Ф. Чигира. – Минск : Амалфея, 2000. – 976 с.

3. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь : в 3 кн. Кн. 1 / Отв. ред. В. Ф. Чигир. – Минск : Амалфея, 2003. – 544 с.

4. Навойчик Ю. Ф. Проблемные вопросы применения административного законодательства / Ю. Ф. Навойчик // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “Юр-Спектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

5. О практике назначения судами конфискации имущества по уголовным делам Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь, 23 сентября 1999 г. № 8. : в ред. Постановления Пленума Верховного Суда Респ. Беларусь // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.



**Я. Б. Омельчук,**

*Приватний вищий навчальний заклад "Фінансово-правовий коледж"*

## **ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

Розглядаючи договір дарування, слід зазначити, що предметом дарування можуть бути не тільки речі, передані у власність, а й різні майнові права. Дарування може виступати і як консенсуальні угоди, тобто у формі обіцянок подарувати що-небудь у майбутньому. Договір визнається повноцінним у цивільному праві лише при отриманні згоди обдаровуваного на прийняття дару. Ці аргументи зберегли свою актуальність і лягли в основу сучасного розуміння договору дарування.

Відповідно до ч. 1 ст. 717 ЦК України, за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність [1, с. 175]. Законодавець виділяє кілька видів договору дарування: 1) договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому (ст. 723, 724 ЦК України); 2) договір дарування з обов'язком обдаровуваного на користь третьої особи (ст. 725, 725 ЦК України); 3) договір про пожертву (ст. 729, 730 ЦК України). За своїми юридичними ознаками договір дарування є реальним (крім такого його виду як договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому), оскільки права та обов'язки виникають у сторін з моменту прийняття дарунка обдаровуваним, двостороннім (обов'язки покладаються на обох сторін) і безвідплатним (немає зустрічного задоволення з боку обдаровуваного) [3, с. 73].

Безоплатність є суттєвою ознакою договорів дарування. Жодні умови щодо надання зустрічного задоволення не можуть братися до уваги, інакше втрачається зміст договору дарування. Застереження щодо зустрічного зобов'язання обдаровуваного призводить лише до того, що договір визнається нікчемним.

Не слід забувати про предмет договору дарування, тобто дарунок, ним можуть бути рухомі речі, в тому числі гроші та цінні папери, а також нерухомі речі, майнові права, якими володіє дарувальник або які можуть виникати у нього в майбутньому (ст. 718 ЦК України).

Однак слід мати на увазі, що дарування речей, обмежених у цивільному обігу. Наприклад, вогнепальної зброї, пам'яток історії та культури, не повинно порушувати їх спеціального правового режиму. Не можна дарувати майнові права, які нерозривно пов'язані з особою їх володільця (право одержання аліментів, пенсії тощо). Деякі майнові права, наприклад як сервітути не можуть бути предметом відчуження, тобто їх не можна передавати окремо від речі, яку вони обслуговують [4, с. 298-299].

Форма договору дарування повністю залежить від виду предмета дарування і виду договору дарування, суб'єктного складу. За загальним правилом щодо форми правочинів передбаченим у ЦК України, правочини між юридичними особами, між юридичними особами і громадянами укладаються у письмовій формі. В усній формі укладається договір дарування предметів особистого користування і побутового призначення. Суб'єктами такого договору можуть бути лише громадяни. Проста письмова договору передбачена для рухомих речей особливої цінності. Передання такої речі за усним договором є правомірним, якщо суд не встановить, що обдарований заволодів нею незаконно. Щодо договору дарування валютних цінностей на суму, яка перевищує п'ятдесятикратний розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, то він укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

Обов'язок дарувальника полягає в тому, що він зобов'язаний повідомити обдарованого про недоліки речі, якщо вони є або її особливі властивості, які можуть бути небезпечні для життя, здоров'я або майна обдарованого та інших осіб. Також дарувальник, якому було відомо про недоліки або особливі властивості подарованої речі і який не повідомив про них обдарованого, зобов'язаний відшкодувати шкоду завдану майну та шкоду, завдану каліцтвом і іншим ушкодженням здоров'я або смертю в результаті володіння чи користування дарунком. Дарувальник має право на:

1) доручити укласти договір дарування представнику (ч. 4 ст. 720 ЦК України);

2) відмовитися від договору дарування до вручення речі обдаровуваному, якщо вона передана підприємству, організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення обдарованому (ч. 2 ст. 722 ЦК України);

3) вимагати розірвання договору дарування у встановлених законом випадках (ст. 726, 727 ЦК України).

Обдарований у свою чергу зобов'язаний належним чином дбати про річ, яка становить історичну, наукову, культурну цінність; виконати обов'язок на користь третьої особи, якщо це передбачено в договорі (ст. 725, 726 ЦК України); також отримати згоду дарувальника в разі повернення йому речі (дарунка), яка потребує догляду або особливих умов утримання чи зберігання. Але обдарований має право відмовитися від договору дарування у будь-який час (ст. 724 ЦК України) і також вимагати відшкодування шкоди в разі, якщо дарувальник не сповістив про недоліки та особливості речі, що привели до заподіяння шкоди при володінні та користуванні дарунком.

За загальним правилом, на обдарованого покладається лише обов'язок повернути дарунок у натурі (якщо він є збереженим) у разі розірвання договору дарування (ч. 5ст. 727 ЦК України).

Слід відрізняти припинення договору дарування від його скасування. Припинення відбувається до його виконання внаслідок смерті дарувальника або обдарованого у консенсуальному договорі дарування. Припиняється також виконанням – передачею дарунка обдарованому. Коли скасування договору дарування – це по суті скасування основного результату такого договору – переходу права власності, у зв'язку з цим дарунком не можна визнавати вже підставою абсолютно безповоротного переходу права власності.

Договір дарування можна скасувати за таких умов:

1. відмови обдарованого і повернення дарунка якщо він не потребує догляду або особливих умов утримання чи зберігання, під час яких на повернення потрібна згода дарувальника;

2. скасування договору дарувальником, якщо він переживе обдарованого вразі існування письмової домовленості між ними;

3. скасування договору, предметом якого були нерухомість або інше особливо цінне майно, на вимогу дарувальника або його спадкоємців, якщо обдарований засвідчив свою грубу невдячність, вчинивши злочин проти життя, здоров'я, честі, гідності, власності дарувальника або його батьків, дружини (чоловіка), дітей;

4. скасування договору на вимогу дарувальника, якщо обдарований не дбає про річ, що становить історичну, наукову, культурну цінність і річ може бути внаслідок цього знищена. Скасування договору в цьому разі не дозволяється в разі смерті обдарованого [2, с. 60].

Як різновид договору дарування у ЦК України розглядають пожертву. Специфічними рисами пожертви є насамперед визначення мети, для досягнення якої даруються певні речі. Мета визначається договором і жертвувач має право здійснювати контроль за користуванням пожертви, відповідно до обумовленої договором мети. Також жертвувач або його правонаступники мають право скасувати договір, якщо жертва використовується не за призначенням.

Отже, розглядаючи один із найстаріших договорів цивільного права – договір дарування, можна зробити висновок про те, що це є договір згідно якого одна сторона передає або зобов'язана передати в майбутньому другій стороні безоплатно майно у власність. Цей договір є завжди безоплатним що має істотне значення. Також слід зазначити те що, правила цивільного законодавства про форму угод дарування мають застосовуватися незалежно від характеру взаємовідносин їх суб'єктів. Новими для цивільного права і не менш важливими, також є норми ст. 727 ЦК України які встановлюють спеціальні підстави розірвання договорів дарування. Також врегульовані відносини дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому (ст. 723 ЦК України), з обов'язком обдарованого на користь третіх осіб (ст. 725 ЦК України).

#### **Список використаних джерел:**

1. Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями на 6 червня 2011 року:– К. : Алерта; ЦУЛ, 2011.–312 с.

2. Цивільне право України. Академічний курс: Підручник: У 2-х т. /За ред. Я. М. Шевченко. – К. : Ін Юре, 2006. – 512 с.

3. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання: С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, та ін. – К. : КНТ, 2006. – 498 с.

4. Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 640 с.

**Т. Ю. Снегіррова,**

*Приватний вищий навчальний заклад "Фінансово-правовий коледж"*

### **АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ДІЄЗДАТНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРАВА НА ЗАПОВІТ**

Відповідно до ст. 1216 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців).

Інститут спадкового права є одним з найважливіших в системі права будь-якої держави, оскільки об'єктом спадкування є право власності. Як зазначає Ю. Заїка, спадкування забезпечує стабільність у суспільстві, сприяє збереженню сімейних устоїв, діловій активності, спонукає до успішної праці.

ЦК України передбачає два види спадкування: за заповітом і за законом. Однак, право розпоряджатися власним майном особа здійснює саме через укладення заповіту. Але реалізувати право розпоряджатися своїм майном на випадок своєї смерті фізична особа може лише тоді, коли в неї виникає право на заповіт.

Відповідно до ч. 1 ст. 1234 ЦК України право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Крім того, п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 30 квітня 2008 року "Про судову практику у справах про спадкування" передбачає, що не мають права на складання заповіту недієздатні, малолітні, неповнолітні особи (крім осіб, які в установленому порядку набули повну дієздатність), особи з неповною цивільною дієздатністю та представники від імені заповідача. Заповіти, складені вказаними особами є нікчемними.

З вищевикладеного виникає ряд проблемних питань: чи не обмежує ЦК України права неповнолітніх осіб стосовно можливості укладення договору, чи є виправданим позбавлення права на складання заповіту обмежених у цивільній дієздатності за рішенням суду.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 32 ЦК України фізична особа у віці від 14 до 18 років (неповнолітня особа) має право самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами. Але неповнолітня особа не має права розпоряджатися зазначеними коштами шляхом складання заповіту. Оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 203 ЦК України особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

Згідно цивільного законодавства України неповнолітня особа вчиняє правочини за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. Але за вимогами законодавства неповнолітні не мають права на складання заповіту, навіть якщо на це є згода батьків (усиновлювачів) або піклувальників тому, що коло правочинів, які можуть бути вчинені неповнолітньою особою за згодою вищевказаних осіб, визначено законом.

Отже, можна зробити висновок, що особи, які не мають повної цивільної дієздатності взагалі не мають права реалізувати право розпорядження майном, яким за законом володіють і можуть розпоряджатися, шляхом складання заповіту.

Цивільне законодавство України передбачає набуття повної цивільної дієздатності до досягнення фізичною особою 18 років. А саме, повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка:

- 1) досягла 16 років і працює за трудовим договором (ч. 1 ст. 35 ЦК України)
- 2) записана батьком або матір'ю дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК України)
- 3) досягла 16 років і бажає займатись підприємницькою діяльністю (ч. 3 ст. 34 ЦК України)
- 4) зареєстрована в шлюбі (ч. 2 ст. 34 ЦК України).

Чи мають право на заповіт особи, які в установленому порядку набули повну цивільну дієздатність? Відповідно до п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України особи, які в установленому порядку набули повну цивільну дієздатність мають право на заповіт. На нашу думку, рішення законодавця є вірним, адже в такому випадку заповідальна дієздатність співвідноситься з повною цивільною дієздатністю.

Згідно чинного законодавства права на заповіт не мають особи з обмеженою дієздатністю та недієздатні особи. Мотивація того, що особа, яка зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами і цим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за

законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище не є підставою для заборони права на заповіт, оскільки обмежено дієздатна особа майнове становище вищезазначених осіб не погіршує. Адже, відповідно до ч. 3 ст. 1235 ЦК України заповідач не може позбавити права на спадкування осіб, які мають право на обов'язкову частку у спадщині (тобто осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати). Законодавством України передбачено, що заповіт укладений особою з обмеженою дієздатністю є нікчемними, навіть якщо є згода піклувальника на його укладення.

Ще одним колізійним питанням є право на заповіт недієздатної особи. Здоровий глузд підказує, що фізична особа, яка внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керуватися ними не повинна мати права на складання заповіту. Це законодавець передбачив і тому такі особи не мають права на заповіт. Але виникає питання: як недієздатна особа може реалізувати право розпорядження майном, якщо здійснити це особисто вона не має права? Відповідно до ч. 3 ст. 41 ЦК України правочини від імені недієздатної особи здійснює її опікун. Однак, відповідно до ч. 2 ст. 1234 ЦК України право на заповіт здійснюється особисто. Отже, можна зробити висновок, що право розпоряджатися майном обмежено дієздатними та недієздатними шляхом складання заповіту заборонено законом і такі правочини є нікчемними.

Отже, з вищевикладеного можна зробити висновок, що норми цивільного права, зокрема ті, що стосуються спадкового права є досить колізійними. З одного боку, – вони обмежують права громадян розпоряджатися власним майном, а з іншого – захищають таких осіб від неправомірних дій інших осіб, які мають намір заволодіти майном. У зв'язку з цим вважаємо доцільним передбачити в ЦК України норму, якою буде передбачено право осіб, які не мають повної цивільної дієздатності, розпоряджатися власним майном шляхом складання заповіту за згодою піклувальника або опікуна.

#### **Список використаних джерел**

1. Заїка Ю. О. Спадкове право України: Навчальний посібник / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – 216 с.
2. Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: монографія / Ю. О. Заїка. – К. : НАВСУ, 2004. – 288 с.
3. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.
4. Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 7 від 30 квітня 2008 року.

**С. В. Хамянкова,**

*Могилевский государственный университет имени А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПРАВО ПОТРЕБИТЕЛЯ НА ВОЗВРАТ ТОВАРА НАДЛЕЖАЩЕГО КАЧЕСТВА ЛИБО ЕГО ОБМЕН ПРОДАВЦУ**

Сегодня потребители все активнее используют права, предоставленные им законодательством. Теоретически и продавец, и потребитель являются добросовестными сторонами договора розничной купли-продажи. На практике же нередки случаи, когда последняя сторона не выполняет возложенных на себя обязательств, реализуя потребителю недоброкачественные товары, т. е. товары, имеющие недостатки. В этой связи предполагая, что потребитель является более слабой стороной гражданских правоотношений, национальное законодательство в области защиты прав потребителей предоставляет ему повышенные гарантии и дополнительные возможности по защите своих прав. Однако у потребителя есть соответствующие права и при приобретении товара надлежащего качества.

Так, согласно статье 28 Закона Республики Беларусь “О защите прав потребителей” (далее – Закон Республики Беларусь) потребитель вправе в течение четырнадцати дней с момента передачи ему непродовольственного товара, если более длительный срок не объявлен продавцом, в месте приобретения или иных местах, объявленных продавцом, вернуть товар надлежащего качества или обменять его на аналогичный товар другого размера, формы, габарита, фасона, расцветки или комплектации, произведя в случае разницы в цене необходимый перерасчет с продавцом.

Требование потребителя об обмене или возврате качественного товара подлежит удовлетворению только в том случае, если:

- товар не был в употреблении;
- товар сохранил свои потребительские свойства;
- имеются доказательства приобретения этого товара у данного продавца.

Следует отметить, что до 16 января 2009 года действовало правило, по которому потребитель имел право на возврат денег только при отсутствии варианта для обмена. В сравнение, законодательство Российской Федерации в данном вопросе осталось на прежних позициях. То есть потребитель вправе обменять непродовольственный товар надлежащего качества на аналогичный товар у продавца, у которого этот товар был приобретен, если указанный товар не подошел по форме, габаритам, фасону, расцветке, размеру или комплектации. И только если аналогичный товар отсутствует в продаже на день обращения потребителя к продавцу, потребитель вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за указанный товар денежной суммы [5, ст. 25].

Более широкие возможности, по сравнению с российским законодательством, предоставляет законодательство Украины. Исходя из положений статьи 9 Закона Украины “О защите прав потребителей”, потребитель имеет право обменять непродовольственный товар надлежащего качества на аналогичный у продавца, у которого он был приобретен, если товар не удовлетворил его по форме, габаритам, фасону, цвету, размеру или по другой причине не может быть им использован по назначению. Если на момент обмена аналогичного товара нет в продаже, потребитель имеет право или приобрести любые другие товары из имеющегося ассортимента с соответствующим перечислением стоимости, или расторгнуть договор и получить обратно деньги в размере стоимости возвращенного товара, или осуществить обмен товара на аналогичный при первом же поступлении соответствующего товара в продажу. При этом продавец в день поступления соответствующего товара в продажу обязан сообщить об этом потребителю, требующему обмен товара.

Таким образом, белорусское законодательство предоставляет потребителю при продаже доброкачественных товаров повышенные права и гарантии по сравнению с законодательством стран ближнего зарубежья. В свою очередь, следует оговориться, что предоставление потребителю столь широких прав по возможности именно вернуть или обменять товар надлежащего качества может способствовать росту так называемого потребительского экстремизма, то есть злоупотребления своими правами со стороны недобросовестных потребителей. Кроме того, если украинский законодатель четко гово-



рит, что реализация указанных требований возможна при наличии расчетного документа, выданного потребителю вместе с проданным товаром, то белорусский законодатель использует более широкую трактовку факта подтверждения покупки (кассовый чек, упаковка, свидетельские показания).

Как отмечалось выше, при возврате или обмене товара надлежащего качества потребитель должен возвратить продавцу товар в том же состоянии, что при покупке, то есть должны быть сохранены его потребительские свойства (сохранена упаковка, прилагаемые документы). В том числе должен быть не поврежден контрольный (идентификационный) знак (в случае его обязательного нанесения). В этой связи необходимо отметить, что информацию о необходимости сохранения такого контрольного знака продавцу необходимо доводить до потребителя путем размещения соответствующей информации в любом доступном для визуального просмотра месте. Например, на информационном стенде или документе, подтверждающем факт приобретения товара.

В случае возврата товара в связи с отсутствием возможности его обмена на аналогичный товар потребитель вправе требовать от продавца только денежную сумму, уплаченную за товар. При этом продавец обязан вернуть всю сумму, уплаченную покупателем, независимо от стоимости товара на день его возврата (например, независимо от уменьшения стоимости аналогичного товара в связи с установлением на него скидки) [1, с. 57]. При обмене же товара надлежащего качества увеличение его стоимости на день обмена следует считать основанием для продавца требовать необходимой доплаты от покупателя.

На практике случалось так, что потребители часто выражали недовольство из-за невыплаты денег при возврате товара в момент обращения. Однако в кассе у продавца не всегда есть необходимая сумма для выплаты стоимости возвращаемого товара, в таких случаях деньги снимаются с расчетного счета через уполномоченный банк, а это не сиюминутно. Поэтому законодательством в области защиты прав потребителя было предусмотрено, что при возврате товара надлежащего качества требование потребителя о возврате уплаченной за товар суммы подлежит удовлетворению продавцом незамедлительно [3, с. 30]. Если же это не представляется возможным, максимальный срок для удовлетворения такого требования не может превышать 7 дней. За нарушение этих сроков устанавливается ответственность продавца в виде неустойки в размере 1 % цены товара за каждый день просрочки [4, ст. 28].

Необходимо также помнить, что Законом Республики Беларусь предусмотрено исключение, когда потребитель не может ни вернуть, ни обменять доброкачественный товар. В соответствии со статьей 28 Закона Республики Беларусь не подлежат обмену и возврату:

- товары, которые входят в Перечень непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих обмену и возврату, утвержденный постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 14.06.2002 № 778 “О мерах по реализации Закона Республики Беларусь “О защите прав потребителей” (далее – Перечень);

- пищевые продукты надлежащего качества;

- товары, приобретенные у продавца – физического лица, осуществляющего реализацию товаров в рамках ремесленной деятельности или разовую реализацию товаров на рынке.

Вместе с тем в самом Перечне есть исключения, которые касаются товаров в герметичной упаковке. То есть товары, упакованные в герметичную упаковку (при этом упаковка не должна быть нарушена), подлежат обмену либо возврату. К таким товарам относятся, например, инструменты для маникюра и педикюра; игрушки; товары бытовой химии, в том числе лакокрасочные материалы; аудио- и видеокассеты, дискеты и компакт-диски, другие технические носители информации; предметы личной гигиены, товары для профилактики и лечения заболеваний в домашних условиях и некоторые другие.

Следует отметить, что ранее не подлежал обмену или возврату любой качественный товар, имеющий гарантийный срок, в техническом паспорте которого или заменяющем его документе содержалась отметка о дате продажи. Создавая данную норму, законодатель имел в виду прежде всего технически сложные товары. Ввиду отсутствия четкой формулировки нормы продавца (изготовители, поставщики) стали оформлять инструкции по эксплуатации с отметкой о дате продажи на значительную группу товаров (детские ходунки, отдельные предметы мебели и т. д.) и заявлять о не возврате таких качественных товаров. С целью повышения уровня обеспечения интересов и защиты прав потребителей, а также для исключения разночтений и споров был определен четкий перечень качественных технически сложных товаров бытового назначения, имеющих гарантийный срок, в техническом паспорте которых или заменяющем его документе содержится отметка о дате продажи, не подлежащих обмену или возвра-

ту. Так, обмену и возврату не подлежат качественные технически сложные товары бытового назначения, к которым относятся в числе прочих электротовары, телерадиотовары, электромузыкальные инструменты; телефонные аппараты и факсимильная аппаратура; часы; компьютеры, ноутбуки, печатающие устройства; газонокосилки (триммеры) бензиновые, бензопилы; швейные машины; иные товары с питанием от сети переменного тока [2].

Как показывает практика, на сегодняшний день не все потребители осведомлены о возможности вернуть или обменять товар надлежащего качества. В этой связи показателен опыт некоторых магазинов одежды, в примерочных которых вывешена информация о праве потребителя на обмен (возврат) доброкачественного товара, условиях и сроках его реализации.

Исходя из всего вышеизложенного, можно резюмировать, что продавец при обмене или возврате потребителем качественного товара выступает добросовестной стороной и, следовательно, при расторжении либо изменении такого договора он не должен нести убытки. В настоящее время потребителю при реализации своих правомочий предоставлена возможность по своему усмотрению выбрать: вернуть или обменять товар надлежащего качества, если он не подошел по форме, габаритам, фасону, расцветке, размеру или комплектации. Тем самым белорусский законодатель следует по пути расширения системы потребительских прав и гарантий, что имеет существенное практическое значение для государства, прежде всего с социальной точки зрения, позволяя создавать успешно функционирующее законодательство в области защиты прав потребителей.

#### **Список использованных источников:**

1. Бобкова О. Практика применения некоторых актуальных положений законодательства о защите прав потребителей / О. Бобкова // Юрист. – 2011. – № 1. – С. 54 – 59.
2. Войцеховская С. В. Право потребителя на обмен качественного товара либо его возврат продавцу / С. В. Войцеховская // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2011.
3. Карп Н. У потребителей появилось больше прав. Комментарий к новой редакции Закона о защите прав потребителей / Н. Карп // Индивидуальный предприниматель. – 2008. – № 17. – С. 29 – 31.
4. О защите прав потребителей : Закон Респ. Беларусь, 9 янв. 2002 г., № 90-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 02.05.2012 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
5. О защите прав потребителей : федер. Закон Рос. Федерации, 7 февр. 1992 г., № 2300-1 : в ред. Фед. закона от 25.06.2012 г. // Консультант Плюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2012.
6. Про захист прав споживачів : Закон України, 12 трав. 1991 г., № 1023-XII : в ред. Закону від 18.10.2012 г. // Законодавство України [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>. – Дата доступа : 02.11.2012.

**М. Б. Цип'яшук,**

викладач кафедри державно-правових дисциплін Національного університету "Острозька академія"

### **ПОДАННЯ УЧАСНИКАМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ДОКАЗІВ У СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ УКРАЇНИ, ФРАНЦІЇ ТА НІМЕЧЧИНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ**

Інститут доказів є одним із гарантів забезпечення дії принципу змагальності сторін і винесення справедливого рішення при вирішенні спору судом. Попри вже досить багатий досвід у веденні цивільного судочинства в Україні, все ж, виявляються численні недоліки та складнощі, зокрема і на етапі подання доказів. Зважаючи на розвиток міжнародних відносин та орієнтацію нашої держави в ракурсі європейської інтеграції, видається актуальним дослідження та порівняння елементів систем цивільного процесу України та інших європейських держав, зокрема і Франції та Німеччини, чії системи цивільного судочинства визнані одними з найкращих. До того ж, процедура цивільного розгляду в зазначених державах досить суттєво відрізняється від встановленого Цивільним процесуальним кодексом України порядку.

В Україні подання доказів у суді першої інстанції, регулюється ст. ст. 60, 93, 131, 132 та 137 ЦПКУ [1]. До доказів, згідно статей 63-66 ЦПК належать: показання свідків, письмові докази, речові докази та висновки експертів. Згідно ч. 2 ст. 60 ЦПК докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі до або під час попереднього судового засідання у справі, а якщо попереднє судове засідання не проводиться, – то до початку розгляду справи по суті (ч. 1. Ст. 131 ЦПК). Суд може прийняти докази і пізніше зазначеного етапу, якщо сторони доведуть, що існували поважні причини, які унеможливили подання доказів вчасно. Разом з тим, чинне законодавство не містить навіть приблизного переліку причин, які слід вважати поважними. Тому "на практиці, суди в кожній конкретній справі самі визначають причини пропуску, які можуть вважатися поважними. Як правило, це перебування на лікуванні, закордоном, інші" [2]. В окремих випадках суд може видати доручення щодо збирання доказів (ст. 132 ЦПК України). При розгляді питання про подання доказів в системі національного цивільно-процесуального законодавства особлива роль належить інститутам забезпечення (ст. ст. 133-13 ЦПКУ) та витребування доказів (ст. 137 ЦПКУ), адже шляхом їх застосування сторони мають можливість якнайповніше обґрунтувати свої позиції та представити їх перед судом. При цьому, витребування доказів, за наявності причин, є обов'язком суду. Також, "суд може уповноважити заінтересовану особу, яка бере участь у справі, одержати доказ для представлення його суду" [3, с. 160].

У Франції діє так званий "Новий цивільний процесуальний кодекс" (*Nouveau Code de Procedure Civile*) 1975 року [4]. Його відмежовують від ЦПК 1806 року, окремі розділи якого ще донедавна діяли на території Франції. І лише Законом №2007-1787 від 20 грудня 2007 року "новий" Кодекс був визнаний єдиним кодексом для регулювання цивільного процесу в державі.

До доказів у Франції, як і в Україні, відносять: письмові докази, показання свідків (за дотримання тих же умов, що і в українському цивільному судочинстві: повної ідентифікації свідка, вказівки на його відношення до справи, роз'яснення значення присяги перед судом щодо правдивості показань тощо) [5]. Експертизи у Франції призначаються судом задля дослідження чи встановлення фактів, надання технічних порад. Тим не менше, висновки експертів не мають статусу доказів і подаються до суду перед початком слухання у справі. Огляд на місці кореспондує статтям 140-141 ЦПК України, які врегульовують порядок огляду доказів за їх місцезнаходженням та огляду речових доказів, що швидко псуються відповідно.

При застосуванні забезпечення доказів особливе місце відводиться судовому приставу. За проханням сторони судовий пристав може здійснити підтвердження факту (наприклад, здійснити опис певного місця, засвідчити знаходження певного предмету в певному місці). І хоча таке підтвердження не матиме сили доказу, суд, при винесенні рішення, надає йому особливого значення.

В Німеччині в 2005 році також вступив в силу новий Цивільний процесуальний кодекс (*Zivilprozessordnung – ZPO*) [6].

В цивільному провадженні ФРН доказами визнаються: судові перевірки, показання свідків (*при цьому, інститут перехресного допиту свідків не застосовується*), показання експертів, документи та допит сторін у справі.

За загальним правилом, сторона позивача повинна надати усі докази на підтвердження фактів, на які вона посилається (§130.5 ЦПК ФРН), за винятком тих, що визнаються загальновідомими чи такими, що не підлягають сумніву. Для того, аби факт вважався доведеним, достатньо, як правило, надати хоча б один, з п'яти зазначених, доказ.

Як і в Україні, сторони повинна дбати про те, щоб опонент був ознайомлений із усіма письмовими додатками до позову, як і з самим позовом. Разом з тим у ФРН, за загальним правилом, саме на представникові кожної зі сторін лежить обов'язок щодо інформування іншої сторони, тобто – надіслати їй копії усіх документів, аудіо– чи відеозаписів. (§195 ЦПК ФРН).

Цивільне процесуальне законодавство Німеччини не передбачає попереднього судового розгляду [7, с. 627], а тому і не встановлює чіткого обмеження щодо строку подачі доказів.

Суд витребує докази лише у тому випадку, якщо певні факти оспорується протилежною стороною. В окремих випадках суд уповноважений витребувати докази *ex officio*, тобто за власною ініціативою без прохання жодної зі сторін. Проте, таке право суду обмежене показаннями сторін, висновками експертів, письмовими доказами та даними судового слідства [5]. Зазначений інститут *ex officio* не є притаманним для цивільного провадження в Україні.

Забезпечення доказів у формі експертного заключення можливе в Німеччині ще до подачі позову і без згоди потенційного відповідача, тобто – *ex parte*. Щодо інших засобів забезпечення доказів, то процедура *ex parte* в таких випадках не допускається.

Як в цивільному процесі Франції, так і Німеччини особливого значення набуває інститут забезпечення доказів при розгляді справ пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності.

Як бачимо, при поданні доказів у цивільному провадженні правові системи України, Франції та Німеччини мають чимало спільного, зокрема – стосовно видів доказів, що приймаються судами (хоча і тут можна спостерігати певні розбіжності). Проте, існують також суттєві відмінності щодо строків та етапів подачі доказів, щодо порядку та механізмів їх забезпечення, витребування судом і відносно ролі самого суду та сторін на етапі подання доказів.

#### Список використаних джерел:

1. Кодекс цивільний процесуальний: ВР України, Кодекс №1618-IV від 10.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 2004. – №№40-44.
2. Глозов, М. Проблеми строків звернення до суду в цивільному та адміністративному судочинстві / М. Глозов // Юридичний вісник України. – 2011. – № 20. – С. 4-5.
3. Цивільний процес. Інтерактивний курс. А. Філіп'єв, В. Самолюк, Д. Зінчук, І. Воляник, О. Фурманчук, Ю. Березюк. Благодійний фонд “Правничі ініціативи”. – Вид-во Національного університету “Острозька академія”. – Острог. – 2007. – 615 с.
4. French Code of Civil Procedure. Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>
5. A Comparative Study of Civil Procedures between France, Germany and China by Paul Ranjard, Wan Hui Da IP Agency/ 2011/ available at: [http://www.ipr2.org/storage/Comparative\\_Study\\_on\\_Civil\\_Procedures\\_of\\_France,\\_Germany\\_and\\_China-EN1067.pdf](http://www.ipr2.org/storage/Comparative_Study_on_Civil_Procedures_of_France,_Germany_and_China-EN1067.pdf)).
6. German Code of Civil Procedure. Available at: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html#p0505](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p0505).
7. Burkhard Bastuck and Burkard Gopfert, Admission and Presentation of Evidence in Germany, 16 Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev. 609 (1994). Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol16/iss3/1>

**К. С. Чеберяк,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЭМАНСИПАЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ, РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И УКРАИНЕ**

Эмансипация (лат. *emancipatio*) – освобождение от какой-либо зависимости, отмена каких-либо ограничений, уравнивание в правах [1].

Эмансипация является новым институтом в законодательстве Республики Беларусь. Так, ст. 26 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) предусматривает, что несовершеннолетний, достигший шестнадцати лет, может быть объявлен полностью дееспособным, если он работает по трудовому договору (контракту) или с согласия родителей, усыновителей или попечителя занимается предпринимательской деятельностью. Объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация) производится по решению органов опеки и попечительства **с согласия обоих родителей, усыновителей или попечителя, а при отсутствии такого согласия – по решению суда**. Родители, усыновители и попечитель не несут ответственности по обязательствам эмансипированного несовершеннолетнего, в том числе по обязательствам, возникшим вследствие причинения им вреда.

Ознакомимся с определением предпринимательской деятельности, которое содержится в статье 1 ГК Республики Беларусь. **Предпринимательская деятельность** – это самостоятельная деятельность юридических и физических лиц, осуществляемая ими в гражданском обороте от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность и направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг, если эти работы или услуги предназначаются для реализации другим лицам и не используются для собственного потребления.

Возникают следующие вопросы. На начальном этапе несовершеннолетний зависит от своих родителей, т. е. нуждается в их согласии, что говорит уже не о полной самостоятельности несовершеннолетнего. Как же он может в таком случае осуществлять предпринимательскую деятельность?! Каким образом неземансипированный несовершеннолетний может осуществлять деятельность на свой риск и под свою имущественную ответственность?! Из чего следует сделать вывод о противоречии норм в законодательстве.

Проанализируем порядок и сложность признания лица эмансипированным. Для вынесения решения об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация) необходимо наличие следующих документов и (или) сведений, представляемых гражданином:

- заявление несовершеннолетнего;
- письменное согласие родителей (других законных представителей);
- трудовой договор (контракт) с несовершеннолетним либо иное подтверждение его трудовой или предпринимательской деятельности;
- свидетельство о рождении несовершеннолетнего;

При осуществлении административной процедуры плата не взимается. Максимальным сроком осуществления административной процедуры является 15 дней со дня подачи заявления, а в случае истребования мнения родителя ребенка или запроса документов и (или) сведений от других государственных органов, иных организаций – 1 месяц.

Срок действия справки, другого документа (решения), выдаваемых (принимаемого) при осуществлении административной процедуры является бессрочным (3, 4.10).

Обратимся к Гражданско-процессуальному кодексу Республики Беларусь (далее – ГПК), § 5 которого устанавливает особенности рассмотрения дел об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным. Так, ст. 377 регламентирует условия и порядок подачи и рассмотрения заявления, в соответствии с которой несовершеннолетний, достигший шестнадцати лет, может обратиться в суд



по месту своего жительства с заявлением об объявлении его полностью дееспособным в случае, предусмотренном ГК Республики Беларусь. Заявление принимается судом при отсутствии согласия одного из родителей, усыновителей или попечителя либо в случае отказа органов опеки и попечительства объявить несовершеннолетнего полностью дееспособным. Заявление рассматривается судом с обязательным участием заявителя, одного или обоих родителей, усыновителей, попечителя, а также представителя органа опеки и попечительства.

Решение суда по заявлению регулируется ст. 378 ГПК Республики Беларусь, а именно суд, рассмотрев заявление по существу, выносит решение, которым удовлетворяет или отклоняет просьбу заявителя. При удовлетворении заявленной просьбы несовершеннолетний, достигший шестнадцати лет, объявляется полностью дееспособным (эмансипированным) с момента вступления решения суда об эмансипации в законную силу.

В российском законодательстве в ГПК имеется глава 32, которая посвящена объявлению несовершеннолетнего полностью дееспособным. Ст. 287 содержит нормы, регламентирующие подачу заявления об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным. Так, несовершеннолетний, достигший возраста шестнадцати лет, может обратиться в суд по месту своего жительства с заявлением об объявлении его полностью дееспособным. Заявление об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным принимается судом при отсутствии согласия родителей (одного из родителей), усыновителей или попечителя объявить несовершеннолетнего полностью дееспособным (5).

Заявление об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным рассматривается судом с участием заявителя, родителей (одного из родителей), усыновителей (усыновителя), попечителя, а также представителя органа опеки и попечительства, прокурора (5, ст. 288).

Суд, рассмотрев по существу заявление об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным, принимает решение, которым удовлетворяет или отклоняет просьбу заявителя. При удовлетворении заявленной просьбы несовершеннолетний, достигший возраста шестнадцати лет, объявляется полностью дееспособным (эмансипированным) со дня вступления в законную силу решения суда об эмансипации (5, ст. 289).

Таким образом, нормы, регулирующие признание несовершеннолетнего дееспособным, в российском и белорусском законодательстве практически идентичны.

Положения о дееспособности физических лиц изложены в ст. ст. 34, 35 Украины. Положения данных статей указывают на возможность получения полной гражданской дееспособности лицами, которым исполнилось 16 лет и они работают по трудовому договору или занимаются предпринимательской деятельностью, а также несовершеннолетними лицами, которые записаны матерью, отцом ребенка (эти случаи в науке гражданского права получили название эмансипации) или заключили брак [6]. Это является существенным отличием от российского и белорусского законодательства, т. к. они не предусматривают эмансипацию в случае вступления в брак.

Таким образом, следует устранить пробелы в определении и процедуре признания несовершеннолетнего эмансипированным. Целесообразно было бы убрать часть определения, а именно "...или с согласия родителей, усыновителей или попечителя занимается предпринимательской деятельностью". Следовательно, эмансипация – это возможность несовершеннолетнего, достигшего шестнадцати лет, быть объявленным полностью дееспособным, если он работает по трудовому договору (контракту).

#### **Список використаних джерел:**

1. Википедия [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%ED%E8%EF%E0%E6%E8%FF\\_\(%F1%E8%EE%EB%EE%E3%E8%FF\)](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%ED%E8%EF%E0%E6%E8%FF_(%F1%E8%EE%EB%EE%E3%E8%FF)) – Дата доступа : 15.10.2012.

2. Гражданский кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г. : одобрен Советом Республики 19 нояб. 1998 г. : текст Кодекса по состоянию на 3 июля 2012 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология Проф / ООО "ЮрСпектр". – Минск, 2012.

3. Об административных процедурах, осуществляемых государственными органами и иными организациями по заявлениям граждан : Указ Президента Республики Беларусь, 26 апр. 2010 г., № 200: в ред. Указа Президента Респ. Беларусь от 23 июля 2012 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология Проф / ООО "ЮрСпектр". – Минск, 2012.

4. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 10 дек. 1998 г. : одобрен Советом Республики 18 дек. 1998 г. : текст Кодекса по состоянию на 22 сент. 2012 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология Проф / ООО “ЮрСпектр”. – Минск, 2012.

5. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : принят ГД ФС РФ, 23 окт. 2002 [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru/popular/gpkrf/> – Дата доступа : 15.10.2012.

6. Козуб Э. Особенности завещательной дееспособности эмансипированных несовершеннолетних / Э. Козуб // [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : [http://www.rusnauka.com/2\\_KAND\\_2011/Pravo/78321.doc.htm](http://www.rusnauka.com/2_KAND_2011/Pravo/78321.doc.htm) – Дата доступа : 15.10.2012.

**А. В. Чумаченко,**

*Національний університет "Юридична академія України імені Ярослава Мудрого"*

### **"НЕСТАНДАРТНІ" ТОВАРНІ ЗНАКИ ІЗ ЗАПАХОМ: ПРОБЛЕМА РЕЄСТРАЦІЇ**

Сучасний стан розвитку ринку товарів та послуг вимагає нестандартних рішень від виробників, які дозволяють їм зацікавити покупців та виділитися серед конкурентів. Одним із дієвих засобів привернення уваги до своєї продукції було і залишається використання оригінальних торгових марок. Пов'язано це, перш за все, з тим, що саме торгова марка дозволяє покупцеві ідентифікувати товар і, тому, може бути досить дієвою зброєю в конкурентній боротьбі.

Фізіологи встановили, що серед органів чуття людини найбільший вплив на пам'ять мають саме запахи. Оскільки виробники тієї чи іншої продукції прагнуть відрізнити свою продукцію від продукції конкурентів, зрозуміло, що пропускати таку унікальну можливість впливу на покупців вони не можуть і все частіше починають використовувати запахи в маркетингових цілях. Як наслідок по всьому світу з'явилась безліч заяв з вимогою визнання прав на певні запахи.

Для того, щоб розібратися із цим питанням та можливими шляхами його вирішення в Україні, перш за все, необхідно дослідити "долю" товарних знаків із запахом за кордоном.

Найбільш часто заявниками використовуються реєстрація товарного знаку Співтовариства і міжнародна реєстрація товарного знаку, зважаючи на простоту процедури і економічність. Однак, зазначені системи способу захисту товарних знаків мають свої переваги і недоліки, особливо щодо "нестандартних" товарних знаків, до яких відноситься і товарний знак із запахом.

Так, у США, товарні знаки із запахом спеціально не передбачені в законі, але у випадку, коли саме запах відрізняє один продукт від іншого, він може бути зареєстрованим. Експерти Патентного відомства США розрізняють випадки, коли запах має другорядне значення або є основним джерелом відмінностей. За відсутності доказів того, що знак із запахом має другорядне значення, Настанови з експертизи товарних знаків передбачають, що такий знак може бути зареєстрований.

Закон Російської Федерації про "Про товарні знаки і знаки обслуговування і найменування місць походження товарів", а також Правила складання, подання та розгляду заявки на реєстрацію товарного знаку і знаку обслуговування передбачають, що в якості товарних знаків можуть бути зареєстровані словесні, образотворчі, об'ємні та інші позначення або їх комбінації. До "інших позначень" закон відносить звукові, світлові та інші позначення або їх комбінації. Тобто, можливість реєстрації прав на запах не встановлена, але й не заборонена.

Навесні 2012 року в Російській Федерації було зареєстровано перший тактильний товарний знак: рельєфний знак повторює контури логотипу Всеросійської спілки сліпих. Щодо факту реєстрації товарного знаку із запахом, то, за даними Роспатенту, на території Російської Федерації зареєстровано один такий торговий знак – із запахом натуральної шкіри.

Законодавство України допускає різноманіття об'єктів, що можуть використовуватися в якості торговельної марки. Так, відповідно до частини 2 статті 5 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", об'єктом торговельної марки може бути будь-яке позначення або їх комбінація. В якості позначень можуть використовуватися слова, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори або колірна комбінація, а також комбінація таких позначень.

Окрім достатньо розповсюджених видів торговельних марок в Україні існують і нетрадиційні: об'ємні, звукові та ті, що вирізняються за запахом. Однак, факту реєстрації в Україні товарного знаку із запахом не зафіксовано. Це пов'язано із рядом проблем, що неодмінно супроводжують цей процес.

По-перше, це труднощі пов'язані із виконанням вимоги про графічне зображення товарного знаку. Він повинен мати такі властивості, що дозволять вирізнити його серед сотні інших. Слово, колір є однаковими для всіх і сприймаються також однаково. А рецептори нюху у всіх працюють по-різному. І взагалі, чи можна показати запах графічно?

Питання, яке потребує вирішення в першу чергу, чи дає словесний опис запаху можливість адекватного уявлення про заявлене позначення (торгову марку). Англійська практика показує на можливість

такої реєстрації – було зареєстровано низку заявок, наприклад, “квітковий аромат, що нагадує троянду” для покришок, “сильний запах гіркого пива” для дротиків для гри дартс.

Необхідно зазначити, що Відомство Європейського Союзу з гармонізації внутрішнього ринку (OHIM), що займається реєстрацією товарних знаків ЄС, також допускає факт реєстрації товарного знаку із запахом. Однак, позитивної практики в ЄС ще немає. Відомство, що реєструє товарні знаки Європейського Союзу, остаточно ще не вирішило проблему графічного опису товарного знаку із запахом.

В 1999 році Відомство вирішувало питання про реєстрацію товарного знаку “запах свіжоскошеної трави” для тенісних м’ячів. Спочатку заявка була відхилена на підставі відсутності графічного зображення знаку. Однак, у своєму запереченні до Апеляційної палати заявник вказав на те, що товарний знак із запахом має бути зареєстрований, адже він представлений графічно, хоча і в словесному описі. Апеляційна палата вирішила задовольнити заяву. Таким чином, термін “графічне зображення” в деяких випадках може трактуватися достатньо широко.

В 2001 році Відомство ЄС переглянуло значення поняття “графічного зображення” під час процедури реєстрації товарного знаку “запах малини”, заявленого для моторного палива. У реєстрації було відмовлено, однак за причини відсутності навіть словесного опису, якого, за словами суду “було б достатньо для прийняття позитивного рішення, адже запах малини є таким же особливим, як і запах свіжоскошеної трави”.

Інші “нетрадиційні” товарні знаки мають свої параметри для пошуку, а товарні знаки із запахом таких параметрів не мають до сих пір. Однак, певні кроки для розв’язання цієї проблеми вже робляться. Так, у США вже створена комп’ютерна програма, що відтворює запахи і, можливо, Патентне Відомство США зовсім скоро буде приймати заявки на реєстрацію з описом, що дозволить проводити пошук запаху за допомоги ЕРМ.

Наступною не менш важливою проблемою є суб’єктивне сприйняття запаху. Воно може змінюватися в залежності від концентрації, температури повітря та можливостей самих людей. Окрім того, запах може асоціюватися із певним регіоном.

Необхідно, однак, зазначити, що проблема суб’єктивності не є властивою лише товарним знакам із запахом. Просто стосовно таких товарних знаків ще не напрацьовано достатньо практики, не вироблена певна ustalена процедура.

Не менш важливою проблемою є і процедура захисту товарних знаків із запахом. Яким чином буде доводитися факт порушення патентного права? Чи прийматиме суд до уваги як доказ запах? Якщо так, то необхідно закріплювати ці шляхи процесуально. Якщо ж ні, то встановлювати якісь інші способи доведення факту порушення.

“Нетрадиційні” товарні знаки, зокрема, товарні знаки із запахом – це прогресивний поступ на ринку товарів та послуг. Однак, реєстрація таких товарних знаків ще не набула значного поширення. Такий стан речей пов’язаний з труднощами реєстрації та наступним захистом прав на товарний знак із запахом. Та, з іншого боку, вигода, яку отримує власник товарного знаку від реєстрації прав на запах є настільки явною, що все частіше змушує виробників замислюватися над цим питанням. Тому, можливо, зовсім скоро і в Україні буде зареєстровано товарний знак із запахом свіжого хліба чи пшеничного поля.



**Сімейне право**

**Семейное право**

**Family Law**





**Ю. С. Беленкова,**

*Могилевский государственный университет имени А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ СУПРУГОВ ПОСРЕДСТВОМ ЗАКЛЮЧЕНИЯ БРАЧНОГО ДОГОВОРА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Вопреки общепринятому мнению, впервые понятие Брачного договора (контракта) появилось ни в современной Европе, ни в Америке, ещё в Древнем Риме и Греции мужчина и женщина, вступающие в брак, оформляли специальное соглашение, в котором достаточно подробно описывали имущественные, наследственные и иные взаимоотношения будущих супругов. Сейчас Брачный договор наиболее распространён в странах Западной Европы, Америке и Канаде. В большинстве европейских стран, в том числе и в России, Брачный договор предназначен для регулирования только имущественных отношений между супругами. Здесь главная цель Брачного договора состоит в том, чтобы определить правовой режим имущества супругов на будущее [1]. Характерной же чертой Брачного договора в семейном законодательстве Республики Беларусь является то, что он призван регулировать кроме имущественных и личные неимущественные отношения супругов. Таким образом, белорусское законодательство пошло дальше других в повышении роли договорного способа регулирования отношений супругов [2].

Исходя из статистических данных, предоставленных нотариальными конторами г. Могилева, в настоящее время наметилась тенденция увеличения общего числа заключения Брачных договоров. Так, например, в 2007 году государственными нотариальными конторами г. Могилева удостоверено 20 Брачных договоров, в 2008 году – 41, в 2009 году – 45, в 2010 – 56, а в 2011 году – 63 Брачных договора. Небольшое количество заключённых Брачных договоров свидетельствует о том, что данный институт пока ещё молодой, но растущая заинтересованность людей говорит о том, что у него есть будущее.

Что же представляет собой Брачный договор в нашей стране? Законодательство Республики Беларусь не содержит понятие Брачного договора, но его можно определить изучив ст. 13 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС): это соглашение супругов об определении их имущественных и личных неимущественных прав и обязанностей в период брака, а также в случае его расторжения [1].

Исследуя правовую природу Брачного договора, мнения ученых разделяются. С одной стороны, Брачный договор является семейно-правовым договором. Данное положение аргументируется именно тем, что Брачный договор является институтом семейного законодательства. Именно КоБС определяет содержание, субъектов Брачного договора. Общепринятое положение о том, что основным фактором, определяющим природу договора, является характер того общественного отношения, правовой формой которого договор выступает, также применимо к Брачному договору. Брачный договор регулирует супружеские имущественные отношения, которые имеют семейно-правовую природу. И, наконец, основное предназначение Брачного договора заключается в служении семье. Данное соглашение должно способствовать укреплению брака. Как совершенно справедливо отметила Л. Б. Максимович, «...этический аспект брачного договора состоит в невозможности превращения самого брака лишь в средство для заключения Брачного договора. Договор не может быть единственной или доминирующей причиной вступления в брак... Недопустимо, чтобы имущественный интерес в браке взял верх над эмоционально – доверительной стороной брака. Брачный договор существует для брака, а не наоборот. В противном случае это нанесет существенный вред институту брака».

С другой стороны, Брачный договор представляет гражданско-правовую сделку, обладающую как общими для любой сделки признаками, так и специфическими. Несостоятельность тезиса о наличии особых семейных соглашений и о Брачном договоре как особом семейно-правовом договоре убедительно доказана М. В. Антокольской. Хотя Брачный договор регулирует сугубо семейные отношения, в том числе и личные неимущественные, однако метод регулирования этих отношений является гражданско-правовым. Поэтому к Брачному договору могут применяться нормы гражданского законодательства, если иное не установлено законодательством о браке и семье. Брачный договор должен отвечать требованиям, установленным в Гражданском кодексе (далее – ГК) для гражданско-правовых договоров (дееспособность сторон, их свободное волеизъявление, законность содержания договора, соблюдение установ-

ленной формы). Заключение, изменение и расторжение Брачного договора производится по основаниям и в порядке, предусмотренном ГК для заключения, изменения и расторжения договора [3, с. 217].

В силу ч. 1 ст. 258 ГК Имущество, нажитое супругами во время брака, находится в их совместной собственности, если договором между ними не установлен иной режим этого имущества [4, ст. 258]. Согласно ст. 23 КоБС имущество, нажитое супругами в период брака, независимо от того, на кого из супругов оно приобретено либо на кого или кем из супругов внесены денежные средства, является их общей совместной собственностью. Супруги имеют равные права владения, пользования и распоряжения этим имуществом, если иное не предусмотрено Брачным договором [5, ст. 23]. Брачный договор предоставляет супругам возможность отступления от режима общей совместной собственности.

При регулировании имущественных отношений особое значение Брачный договор приобретает в том случае, если супруг (или оба супруга) занимается коммерческой деятельностью, являясь, например, учредителем хозяйственного общества, товарищества, членом производственного кооператива или индивидуальным предпринимателем. Как пишет Я. И. Функ, "... имущество, приобретаемое молодым предпринимателем (деловой женщиной), зачастую является не его личным имуществом, а общим имуществом его и его супруги (супруга). И таковым оно будет являться до тех пор, пока между мужем и женой не произойдет размолвка, которая закончится разводом и разделом имущества между бывшими супругами, либо пока супруги не изменят установленный законом режим имущества путем заключения между собой Брачного договора" [6].

Супруги также вправе определить в Брачном договоре порядок несения каждым из них семейных расходов. Данное понятие является достаточно широким и в законе не детализировано. На практике к ним относят расходы, потребность в которых существует в данной семье и зависит в первую очередь от уровня ее материального обеспечения.

Включение в Брачный договор условия о порядке несения семейных расходов предполагает, что супруги определяют, кто из них и в каком объеме – полностью или частично – будет выполнять обязательства с указанием суммы, которой он участвует в несении семейных расходов. При этом сумма определяется по конкретным статьям расходов [2].

Брачным договором могут быть предусмотрены случаи, (помимо указанных в ч. 2 ст. 29 КоБС), при которых наступает обязанность супруга оказывать материальную помощь другому супругу. Например, в Брачном договоре можно определить, что тот из супругов, который пожертвовал во имя интересов семьи своей профессией, возможностью сделать карьеру (например, жена вынуждена была оставить работу и заняться воспитанием детей, чтобы помочь ему в бизнесе, и т. п.) будет получать от второго супруга содержание. В Брачном договоре можно оговорить размер средств, которые будут взыскиваться на содержание нетрудоспособного супруга. Более того, можно предусмотреть соглашение по взаимному содержанию или по содержанию одного из супругов другим в случае расторжения брака и тогда, когда по закону тот не имеет право на получение алиментов. Так в договоре можно предусмотреть обязанность одного из супругов нести расходы по содержанию другого до получения им профессии, квалификации, должности, достижения определённого уровня личных доходов.

В Брачный договор допустимо включение положения о том, что вещи профессиональной деятельности супругов, приобретённые во время брака, являются собственностью каждого [6].

В соответствии с белорусским семейным законодательством предметом Брачного договора являются соглашения о формах, методах, средствах воспитания детей, размере алиментов на них, порядке общения с детьми отдельно проживающего родителя, а также другие вопросы содержания и воспитания детей в случае расторжения брака. В договоре могут устанавливаться, какие конкретно обязанности по воспитанию детей принимает на себя каждый из супругов в период брака и в случае расторжения брака. Обязанности супругов могут касаться как уже имеющих детей, так и детей, которые появятся после заключения Брачного договора. В отношении разных детей может быть предусмотрено различное распределение обязанностей по их воспитанию и содержанию между родителями. При включении в Брачный договор соглашений в отношении форм, методов и средств воспитания детей следует иметь в виду, что соглашения родителей по этим вопросам могут включать условия, относящиеся только к их правам и обязанностям, а не создавать дополнительные обязанности для детей [1].

Брачный договор не должен содержать положения, противоречащие законодательству о браке и семье. В частности, Брачный договор не может ограничить свободу супругов в выборе занятий, профессии, места жительства [5, ст. 22], содержать положений, в силу которых один из супругов, вступая в

брак, обязуется, например, уволиться с работы и посвятить себя исключительно семье, либо следовать за супругом в случае смены им места жительства. Кроме того, соглашения, содержащиеся в Брачном договоре, не должны нарушать конституционные права и свободы граждан и противоречить нормам международных договоров Республики Беларусь.

Также не могут быть включены в Брачный договор:

- ✓ соглашения, ограничивающие правоспособность или дееспособность супругов;
- ✓ соглашения супругов по взаимному содержанию или по содержанию одного из супругов другим, нарушающие права недееспособного нуждающегося супруга;
- ✓ соглашения супругов, уменьшающие установленный законом размер алиментов на несовершеннолетних;
- ✓ соглашения, устанавливающие порядок наследования имущества супругов, а также другие соглашения, противоречащие законодательству [2].

Таким образом, в Республике Беларусь предметом Брачного договора могут быть соглашения супругов имущественного и неимущественного характера, в частности о совместном имуществе и имуществе каждого из супругов; о порядке раздела совместного имущества и материальных обязательствах по отношению друг к другу в случае расторжения брака; о формах, методах и средствах воспитания детей; о месте проживания детей, размере алиментов на них, порядке общения с детьми отдельно проживающего родителя, о других вопросах их содержания и воспитания в случае расторжения брака, а также иные соглашения, если они не противоречат действующему законодательству о браке и семье. Брачный договор, заключенный между супругами в соответствии со всеми требованиями, которые содержатся в законодательстве Республики Беларусь, является средством соблюдения прав и законных интересов каждого из супругов [3, с. 219].

Необходимо отметить, что Брачный договор позволяет разрешить большинство вопросов по соглашению сторон, не прибегая к судебному разбирательству. Судами г. Могилева в 2011 году удовлетворено почти 1800 исков о расторжении брака и разделе совместно нажитого имущества, в то же время было заключено 63 Брачных договора. Следовательно, споров гораздо больше, чем договоров, а значит нужно разъяснять гражданам о цивилизованном методе разрешения споров. В связи с этим представляется необходимым проводить разъяснительную работу в этом направлении, необходимо создавать консультационные центры, службы помощи молодым семьям при государственных органах записи актов гражданского состояния, осуществлять пропаганду института Брачного договора в средствах массовой информации, с целью разъяснения будущим супругам не только их права на заключении такого договора, но и его значения для урегулирования имущественных и личных неимущественных отношений, как наиболее цивилизованного способа разрешения спорных вопросов [6]. Брачный договор позволяет каждой супружеской паре выработать для себя оптимальный правовой режим имущества, а значит, избавит их от возможного судебного разбирательства [3, с. 219].

#### **Список использованных источников:**

1. Рагойша П. В. Брачный договор в свете последних изменений брачно-семейного законодательства / П. В. Рагойша // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. – Минск, 2012
2. Якубовская А. С. О некоторых вопросах совершенствования брачно-семейных отношений / А. С. Якубовская // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. – Минск, 2012
3. Антокольская М. В. Семейное право: учебник / М. В. Антокольская. – 3-е изд., перераб. и доп. – Москва: Норма : Инфра – М, 2010. – 432 с.
4. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 № 218-3 (ред. от 03.07.2011) // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. – Минск, 2012.
5. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье : Кодекс Респ. Беларусь, 9 июля 1999 г., № 278–3 : принят Палатой представителей 3 июня 1999г. : одобр. Советом Респ. 24 июня 1999г. : текст Кодекса по состоянию на 7 января 2012 г. // Эталон–Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
6. Каравай А. В. Вопросы общей совместной собственности супругов / А. В. Каравай // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. – Минск, 2012.

**М. Е. Лукьянова,**

*Могилёвский государственный университет им А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **К ПРОБЛЕМАМ УСЫНОВЛЕНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Из всех форм семейного воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, наилучшим является усыновление, поскольку тогда дети оказываются в условиях, наиболее близких к тем, которые складываются в семье, основанной на родстве. В настоящее время считается доказанным, что ребенку для полного и гармоничного развития личности необходимо расти в семейном окружении. При усыновлении обязательно проводится предварительное обследование условий жизни лиц, желающих усыновить ребенка, которое направлено на соблюдение прав и интересов ребенка в результате предстоящего усыновления. Указанное обследование включает выявление возможных препятствий к усыновлению, а также ознакомление с личностью кандидатов в усыновители. При положительном решении вопроса кандидатам в усыновители выдается информация о ребенке, подлежащим усыновлению, а также направление для посещения его по фактическому месту жительства (нахождения). Вся работа, проводимая специальными органами по усыновлению детей, должна проводиться с соблюдением законных прав и интересов ребенка.

В соответствии со ст. 119 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье усыновление – это основанный на судебном решении юридический акт, в силу которого между усыновителем и усыновленным возникают такие же права и обязанности, как между родителями и детьми.

Сиротство как в России, так и в Беларуси принимает масштабы гуманитарной катастрофы. Многие дети остаются без родителей. В Российской Федерации по статистике количество детей, которые потеряли своих родителей по причине их трагической гибели или смерти составляет 10-20 % от общего числа детей-сирот, а 80 % из них составляют, так называемые, “социальные сироты” (это дети, которые отобраны и дети, у которых имеются живые родители, но они лишены родительских прав) [2].

По мнению М. В. Антокольской “... не все изменения, внесенные новым Семейным Кодексом Российской Федерации в институт усыновления одинаково удачны” [1, с. 121]. Я согласна этим утверждением. Например, вопрос о тайне усыновления, на мой взгляд, вопрос спорный. Потому что в ст. 7 Конвенции ООН “О правах ребенка”, ребенок имеет право, “насколько это возможно, знать о своих родителях”. При усыновлении родители ребенка в большинстве случаев известны. Таким образом, сохранение в российском и белорусском законодательствах тайны усыновления противоречит Конвенции. В статье 155 Уголовного кодекса Российской Федерации сказано, что разглашение тайны усыновления (удочерения) вопреки воле усыновителя, совершенное лицом, обязанным хранить факт усыновления (удочерения) как служебную или профессиональную тайну, либо иным лицом из корыстных или иных низменных побуждений, наказывается штрафом, исправительными работами, либо арестом с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового. В белорусском законодательстве закон менее строг, так в статье 177 Уголовного кодекса Республики Беларусь сказано, что умышленное разглашение тайны усыновления (удочерения) против воли усыновителя или усыновленного (удочеренной) – наказывается общественными работами, или штрафом, или исправительными работами на срок до одного года.

Но и в пользу сохранения тайны усыновления по-прежнему выдвигаются серьезные и аргументированные доводы. Исследуя вопрос целесообразности сохранения тайны усыновления, сопоставляя мнения М. В. Антокольской, А. М. Нечаевой, Н. Санько, О. А. Карабань, А. З. Дзугаевой, Д. В. Сафиной, В. И. Пенкрата, Т. В. Ткаченко, можно прийти к выводу, что большинство авторов находят сохранение тайны усыновления очень проблематичным и ненужным, некоторые полагают, что обеспечить ее сохранение можно лишь при усыновлении детей раннего возраста. Другие авторы, в частности, А. А. Пушкин, Л. А. Кузьмичева, В. Н. Забродина, Т. Б. Мальцман, являются сторонниками сохранения тайны усыновления. Я считаю, что по ряду соображений, в том числе педагогических, факт усыновления не следует скрывать от усыновленного ребенка. Однако отказаться от охраны тайны усыновления нель-



зя, поскольку каждый гражданин согласно ст. 28 Конституции Республики Беларусь имеет право на защиту от незаконного вмешательства в его личную жизнь. Тайна усыновления рассматривалась и рассматривается прежде всего как средство удовлетворения интересов несовершеннолетних детей. Сохранение этой тайны в подавляющем большинстве случаев отвечает так же и интересам усыновителей. Тайна усыновления очень нужна усыновленным семьям: и детям, и родителям, как бронированная дверь, чтобы спрятаться за ней от вездесущих недобрых глаз. Усыновляя ребенка, родители нередко заинтересованы в том, чтобы у него и окружающих не возникало сомнения о том, что это их биологический ребенок. Раскрытие этих сведений помимо их воли может причинить непоправимый вред их отношениям с ребенком, ребенок может получить психологическую травму. Но в тоже время он имеет право знать о своих биологических родителях, если он этого желает, иначе мы ущемляем его в правах, чего нельзя допускать. Таким образом, можно сделать вывод о том, что усыновленного ребенка, от которого скрывают его происхождение, ждет еще одно тяжелое потрясение – ведь рано или поздно факт усыновления обнаруживается. Это приводит к шоку независимо от того, как ребенок узнал об этом, – копался ли он в документах, или об этом проболтались другие, или как-то еще. Такой шок может привести к серьезным кризисам. Особенно сложно бывает пережить такую новость в пубертатном или юношеском возрасте, когда каждый переживает кризис идентичности. Это может стать причиной, например, побегов из дома, наркомании, очень ранних сексуальных отношений, суицидальных попыток или депрессии, чрезмерного стремления к успеху, психосоматических заболеваний. Этот шок связан с крахом доверия в отношениях с приемными родителями, преодолеть который иногда так и не удается.

Так же, не очень удачно введение в Семейный Кодекс Российской Федерации и Кодекс Республики Беларусь о браке и семье положения о том, что семью, которая основана на усыновлении, надо сделать максимально похожей на биологическую семью, на семью, которая основана на родстве. В соответствии с положением статьи 128 Семейного кодекса Российской Федерации и статьи 126 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, разница в возрасте между усыновителем и усыновленным должна быть не менее 16 лет. Если ребенок и иные лица осведомлены о том, что усыновители не являются его родителями, существование указанной не имеет никакого смысла и лишь приводит к ненужному сужению круга лиц, которые бы хотели усыновить ребенка. В белорусском законодательстве на этот счет имеется оговорка, помимо того, что разница между усыновителем и усыновленным должна быть не менее 16 лет, но в то же время, по причинам, которые признаны судом уважительными, эта разница может быть сокращена либо увеличена.

Основным принципом, на котором строится институт усыновления является наилучшее обеспечение интересов ребенка при усыновлении. Интересы ребенка должны быть самым главным фактором, определяющим критерием при выборе усыновителей для ребенка, а так же при отмене усыновления и решения других не менее важных вопросов. Например, в ст. 124 Семейного кодекса Российской Федерации не допускается усыновление разными лицами братьев и сестер, за исключением отдельных случаев, когда такое усыновление противоречит интересам детей. Это случаи, когда дети не знают о своем родстве, не воспитывались вместе, по состоянию здоровья не могут жить и воспитываться вместе. В белорусском законодательстве в статье 120 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье к этому перечню еще добавляется случаи, когда усыновители не настаивают на сохранении тайны усыновления и обязуются не препятствовать общению усыновленного ребенка с братьями и сестрами (сюда относятся случаи, когда, например, одновременное усыновление всех детей из многодетной семьи усыновителем невозможно) и еще один случай, когда дети, которые имеют одну мать (или отца), совместно не воспитывались в семье, находятся в разных детских учреждениях, значатся под разными фамилиями, и об их родственных связях знает лишь мать (отец), которые длительное время не проявляли о них заботы.

В настоящее время активно формируется культура усыновления. Около 70% детей-сирот воспитываются в семьях. Число детей, передаваемых ежегодно в семьи граждан Республики Беларусь на усыновление, составляет более 500 человек. В 2011г. граждане Республики Беларусь усыновили 376 детей, в 2010г. – 562 ребенка, причем большинство семей (84%) – полные, 15% усыновителей – одинокие женщины, 1% усыновителей – одинокие мужчины. В 2006г. усыновили 337 детей, в 2007г. – 539 детей, в 2008г. – 536 детей, в 2009г. усыновили 585 детей. Случаев отмены усыновления немного. В 2006г. было 8 случаев отмены усыновления, в 2007г. – 17, в 2008г. – 9, в 2009г. – 12, в 2010г. – 13. Ежегодно примерно 20 детей усыновляются иностранными гражданами [3]. Усыновление



– приоритетная форма устройства ребенка в семью, поскольку она предоставляет главный в жизни статус – статус сына или дочери. Абсолютное большинство детей в нашей стране, которые имеют соответствующий юридический статус, осиротели при живых родителях. По тем или иным причинам, а это может быть алкогольная или наркотическая зависимость, насилие, нищета, нежелательная беременность и т. п., родители перестали заботиться о своих детях или даже стали самой большой угрозой их жизни и благополучию. Что же касается тайны усыновления, то, на мой взгляд, тайна усыновления ребенка должна соблюдаться лишь по желанию усыновителей, что, главным образом, касается случаев усыновления малолетних детей, новорожденных детей и иных случаев, когда целесообразность обеспечения тайны усыновления не вызывает сомнений. При усыновлении же детей более зрелого возраста (например, старше десяти лет, когда требуется согласие ребенка на усыновление), обеспечение тайны усыновления может не иметь смысла. Мировая практика подтверждает, что тайна усыновления некорректна по отношению к ребенку: в Италии родители обязаны рассказать усыновленному ребенку правду, а в США даже отмечают День приемных семей. В завершении хотелось бы сказать, что пока в сознании людей не изменится отношение к семье как социальной ценности, количество социальных сирот в стране не уменьшится никогда.

**Список использованных источников:**

1. Антокольская, М. В. Семейное право: учеб. / М. В. Антокольская. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2010. – 432 с.
1. Почему в России огромное количество детей-сирот при живых родителях? [Электронный ресурс] / Пресс-релизов. – Москва, 2012. – Режим доступа : <http://www.press-release.ru/education/>.
2. Статистика о детях сиротах в Беларуси [Электронный ресурс] / Надежда детям. – Минск, 2012. – Режим доступа : <http://nd.zolak.org/node>.

**М. М. Плаксина,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АЛИМЕНТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

В настоящее время в Республике Беларусь заметно возросло число неполных семей, в которых мать или отец воспитывают несовершеннолетних детей совместно со своими родителями. По данным переписи населения 2009 года в неполных семьях воспитывается только матерью или отцом 217 тыс. детей, в семьях, в которых мать или отец воспитывает детей совместно со своими родителями, проживает 80 тыс. детей.

Обязанность родителей содержать своих несовершеннолетних детей является безусловной. Если родители добровольно не предоставляют средств на содержание своих несовершеннолетних детей, возникают алиментные обязательства, исполнение которых возможно на основании Соглашения об уплате алиментов, Соглашения о детях, Брачного договора, определения о судебном приказе либо по решению суда. Дела о взыскании алиментов являются одной из наиболее распространенных категорий дел, рассматриваемых в порядке гражданского судопроизводства.

В юридической литературе можно проследить эволюцию разнообразных формулировок понятия алиментного обязательства. Так, еще в 70-е годы XX века Е. М. Ворожейкин предложил считать алименты помощью, оказываемой одними членами семьи другим, по мнению М. А. Рясенцева, алиментным обязательством является установленная законодательством обязанность определенных членов семьи содержать других нуждающихся в этом нетрудоспособных членов, а А. М. Рабец расценивает предоставление ребенку содержания как субъективное право родителя, входящее в состав сложного родительского права [1, с. 67]. И хотя речь идет о разных сторонах алиментного обязательства, все авторы указывают на обязанность предоставления содержания одних членов семьи другим.

Несмотря на многочисленность исследований по данной проблематике, многие вопросы алиментных правоотношений остались нерассмотренными либо носят спорный характер. К их числу можно отнести: точное определение сторон Соглашения об уплате алиментов, в первую очередь – алиментоправомоченного лица; добровольный порядок уплаты алиментов, не исключающий право взыскателя алиментов в любое время обратиться в суд с заявлением об их взыскании; определение новых форм доходов, из которых удерживаются алименты, в целях защиты прав детей; учет интересов ребенка при взыскании алиментов, т. е. использование денежных средств именно в отношении ребенка, а не родителя, на попечении которого остался ребенок.

Положения статьи 91 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС) определяют, что родители обязаны содержать своих несовершеннолетних и нуждающихся в помощи нетрудоспособных совершеннолетних детей. Законодательно закреплены две возможности уплаты алиментов: в добровольном порядке и в судебном порядке.

К добровольному порядку уплаты алиментов можно отнести, в том числе и заключение между родителями различных гражданско-правовых договоров. В целях обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних детей супруги при расторжении брака могут заключить между собой Соглашение о детях в порядке, установленном Гражданским процессуальным кодексом Республики Беларусь.

Новацией в брачно-семейном законодательстве стало введение в конце 2008 года в КоБС возможности заключения соглашения о содержании своих несовершеннолетних и (или) нуждающихся в помощи нетрудоспособных совершеннолетних детей (далее – Соглашение об уплате алиментов).

Преимущество заключения указанных соглашений (договора) в том, что при их заключении родители могут определить размер алиментов на порядок выше, чем размер алиментов, определяемый судебным решением.

С появлением в нотариальной практике Соглашения об уплате алиментов до некоторой степени спорным являлся вопрос о том, кто же именно выступает сторонами данного Соглашения. Статья 103-1 КоБС точно определяет плательщика алиментов – это родитель, обязанный уплачивать алименты, а

вот вторую сторону Соглашения характеризует просто как “лицо, получающее алименты”. Это дает основание предположить, что в качестве такого лица не должен выступать ребенок. Юристы приводят следующие аргументы: второй стороной Соглашения об уплате алиментов не может являться ребенок, потому что переданные ребенку в качестве алиментов денежные средства с момента передачи становятся собственностью ребенка, и, следовательно, второй родитель, используя их, будет осуществлять содержание ребенка уже не на средства родителя-плательщика, исполняя его обязанность, предусмотренную ст. 88 КоБС, а на средства, теперь уже принадлежащие ребенку, чего в рамках эти обязанности быть не должно [2].

Исходя из сути ст. 91, а также ст. 103-1 КоБС, алиментоправомоченным лицом во всех случаях: и при уплате алиментов путем периодических или единовременных денежных платежей, и путем передачи имущества в собственность ребенка должен быть ребенок. Таким образом, по мнению автора, получателем алиментов является именно сам несовершеннолетний и (или) нуждающийся в помощи нетрудоспособный совершеннолетний ребенок.

В Республике Беларусь добровольный порядок уплаты алиментов пока не нашел достаточного распространения. Судебная практика по-разному относится к факту выполнения ответчиком обязанностей по содержанию детей добровольно. Как правило, суды основывают свое решение на положении ч. 2 ст. 104 КоБС о том, что добровольный порядок уплаты алиментов не исключает права взыскателя алиментов в любое время обратиться в суд с заявлением о взыскании алиментов, и выносят решение в пользу взыскателя. Кроме того, гражданин, пожелавший платить алименты добровольно, путем подачи письменного заявления имеет право в любой момент увеличить, уменьшить либо вообще прекратить их выплату.

Согласно ст. 91 КоБС в случае, если родители не предоставляют содержание своим несовершеннолетним и нуждающимся в помощи нетрудоспособным совершеннолетним детям, средства на их содержание (алименты) взыскиваются с родителей в судебном порядке. Статья 109 КоБС устанавливает, что лицо, имеющее право на получение алиментов, может обратиться с заявлением в суд независимо от срока, истекшего с момента возникновения права на получение алиментов, которое возникает с момента прекращения родителем исполнения обязанности обеспечивать ребенка. И именно с этого времени у ребенка появляется право требовать предоставления содержания, а у родителя – обязанность предоставить такое содержание. По мнению М. Хомич, в случае добровольного исполнения ответчиком обязанности по содержанию своего ребенка суды должны отказывать в иске о взыскании алиментов [1, с. 67-69].

Виды доходов, приравненных к заработной плате при обращении взыскания по исполнительным документам, определены ст. 520 ГПК. Однако, дальнейшее развитие экономических отношений определяет и новые формы доходов, приравненных к заработной плате: доходы от передачи имущества в аренду; доходы по акциям, ценным бумагам и от участия в управлении собственностью организации (дивиденды, выплаты по долевым паям и т. д.); проценты по всем видам вкладов в учреждениях банков и по государственным казначейским обязательствам. Таким образом, есть основания полагать, что данный перечень доходов должен оставаться открытым.

Виды доходов, из которых удерживаются алименты, определены в Перечне видов заработка и (или) иного дохода, из которых производится удержание алиментов на содержание несовершеннолетних детей (далее – Перечень). Так, Перечень предусматривает выплату алиментов с доходов, полученных от передачи имущества в аренду, но не указывает при этом суммы, получаемые от участия в других договорах, например, ренты. В нем также не указаны доходы от операций с ценными бумагами, за исключением акций. Подобная практика может нарушать права взыскателей алиментов, поскольку данные доходы могут быть довольно существенными.

Можно также отметить, что при практическом применении имеет место расширительное толкование отдельных положений Перечня. Например, в некоторых организациях бухгалтерии на основании пп. 2.1 Перечня, предусматривающего удержание алиментов из ставок авторского вознаграждения, производят удержание алиментов с вознаграждений за изобретения и рационализаторские предложения, несмотря на то, что они могут носить единовременный характер и подпадать под правило пп. 1.4 Перечня [3, с. 30–31].

Следует согласиться с мнением Е. Хотько: в целях защиты прав детей следует удерживать алименты и расходы на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении, с вознаграждений за

открытие, изобретение, рационализаторское предложение и промышленные образцы, независимо от того носят они периодический или единовременный характер [4, с. 40–44]. Поэтому целесообразным было бы дополнение Перечня вышеназванными видами доходов должника.

При начислении алиментов также возникает вопрос о том, какой процент заработка должен быть сохранен за работником, обязанным уплачивать алименты на содержание несовершеннолетних детей. Согласно ст. 108 Трудового кодекса Республики Беларусь при каждой выплате заработной платы общий размер всех удержаний не может превышать 20%, а в случаях, предусмотренных законодательством, – 50% заработной платы, причитающейся к выплате работнику. При удержании из заработной платы по нескольким исполнительным документам за работником должно быть сохранено не менее 50% заработка.

Для установления ответственности за несвоевременное исполнение алиментного обязательства и в целях стимулирования должника своевременно уплачивать алименты, а также компенсировать получателю алиментов потери, связанные с задержкой их уплаты, законодательством Республики Беларусь установлена экономическая ответственность. Также к особо злостным неплательщикам могут быть применены такие меры воздействия как уголовная ответственность (ч. 1 ст. 174 Уголовного кодекса Республики Беларусь).

Проанализировав понятие алиментного обязательства, существующий добровольный и принудительный порядок взыскания алиментов, противоречия и пробелы в правовых нормах, регулирующих алиментные обязательства, автор предлагает:

- дополнить Перечень видов заработка и (или) иного дохода, из которых производится удержание алиментов на содержание несовершеннолетних детей, новыми формами доходов, приравненных к заработной плате, возникших в результате дальнейшего развития экономических отношений;
- в случае если в ходе судебного разбирательства возникают сомнения по поводу того, что алименты взыскиваются именно в интересах ребенка, ответчик может потребовать вести учет покупок при наличном расчете или сохранение чеков за наличный расчет. С помощью такой системы плательщик сможет проследить, что использование денежных средств производится именно в отношении ребенка, а не родителя, на попечении которого остался ребенок;
- ввести автоматическую систему уплаты алиментов в целях избежать их недоплаты по вине должника. Таким образом, удержание алиментов должно производиться автоматически за текущий месяц, в котором был расторгнут брак.

#### **Список использованных источников:**

1. Хомич М. Алиментные правоотношения родителей и несовершеннолетних детей. / М. Хомич // Юстыцыя Беларусі. – 2007. – №7. – С. 67-69.
2. Приставко Н. Соглашение об уплате алиментов. / Н. Приставко // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Соколов П. Перечень видов заработка, из которого производится удержание алиментов на содержание несовершеннолетних детей / П. Соколов // Кадровик. Управление персоналом. – 2004. – №4. – С. 30-31.
4. Хотько Е. О некоторых вопросах правового регулирования удержания алиментов на содержание детей из заработной платы и иных доходов должника/ Е. Хотько // Юстыцыя Беларусі. – 2007. – № 9. – С. 40-44.

**М. Л. Португал,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **К ОТДЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ УСЫНОВЛЕНИЯ В РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

Усыновление представляет собой юридический акт, направленный на защиту прав и законных интересов детей, основанный на волеизъявлении усыновителя и решении суда, в силу которого между усыновителем, усыновленным и другими, указанными в законе лицами, возникают семейные правоотношения. В Республике Беларусь приоритетной формой устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, является усыновление.

В настоящее время в Республиканском банке данных об усыновлении (удочерении) детей, оставшихся без попечения родителей, насчитывается чуть более 5 тыс. ребят, проживающих в интернатных учреждениях. Одна из форм жизнеустройства сирот – усыновление. Причем позитивные тенденции в национальном усыновлении сохраняются на протяжении нескольких последних лет. Так, в 2010 году белорусские семьи усыновили 562 ребенка – на 66% больше, чем в начале пятилетки (в 2006 году было усыновлено 337 детей, в 2007-м – 539, в 2008-м – 536, в 2009-м – 585 детей). В 2011 г. граждане Республики Беларусь усыновили 376 детей, в 2010 г. – 562 ребенка, причем большинство семей (84%) – полные, 15% усыновителей – одинокие женщины, 1% усыновителей – одинокие мужчины.

В соответствии с ч. 1 ст. 130 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь при усыновлении ребенка, достигшего 10 лет, необходимо его согласие на усыновление. Считается, что ребенок, не достигший 10 лет, не обладает достаточным уровнем развития сознания и воли, вследствие чего, он не способен на личное участие в конкретных правоотношениях. Вместе с тем, он должен иметь собственную позицию как участник правоотношения, правильно оценивать свои действия и их последствия. По существу данные лица исключаются из процесса участия в правоотношениях по усыновлению, несмотря на то, что эти отношения в полной мере затрагивают их права и интересы. Положение законодателя по данному вопросу, противоречит ст. 12 Конвенции о правах ребенка которой предусмотрено право ребенка (независимо от возраста) выражать свое мнение по вопросам, затрагивающим его интересы в семье, учреждениях образования, а также быть заслушанным в ходе судебного или административного разбирательства [1, с. 188].

В связи с этим считается возможным ч. 1 ст. 130 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь дополнить положением о том, что мнение ребенка, должно быть выявлено судом в каждом случае усыновления с того момента, когда ребенок в состоянии его сформулировать и выразить.

Учитывая приоритет национального усыновления и преимущество, предоставляемое родственникам при усыновлении ребенка, необходимо пересмотреть некоторые требования, предъявляемые к кандидатам в усыновители, если таковыми являются отчим или мачеха, установив для них некоторое преимущество. Так, ограничения, предусмотренные п. 7 ч. 1 ст. 125 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь для лиц, не имеющих постоянного места жительства, а также в отношении жилого помещения, отвечающего установленным санитарным и техническим требованиям, не подлежат применению в случаях усыновления ребенка отчимом (мачехой) [1, с. 192]. Целесообразно предоставить суду право в порядке исключения отступить от положений, устанавливающих такой запрет, с учетом интересов усыновляемого ребенка и заслуживающих внимания обстоятельств, к которым относится факт того, что на момент усыновления ребенка отчимом (мачехой) он уже находится в конкретной семье, где в отношении его осуществляется забота, воспитание и содержание. Для ребенка сформирована благоприятная семейная среда, с ним проживает один из его родителей, который способен оценить качества своего супруга по воспитанию ребенка. Необходимо внести изменения и дополнения в ст. 125 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь, предусмотрев исключения для усыновления детей отчимом (мачехой) при отсутствии у них постоянного места жительства, а также жилого помещения, отвечающего установленным санитарным и техническим требованиям.



Статья 132 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь предусматривает возможность по просьбе усыновителей изменить дату рождения усыновляемого ребенка, но не более чем на один год. В этом контексте следует обратить внимание прежде всего на противоречие данного положения Конвенции о правах ребенка, предусматривающей обязанность государств-участников уважать право ребенка на сохранение своей индивидуальности, частью которой является имя ребенка [1, с. 205]. Изменение даты рождения ребенка вряд ли целесообразно, так как физиологические и нервно-психические показатели его развития в период первого года жизни не совпадают. Поэтому при изменении даты рождения ребенка родители окажутся вынужденными сообщать медицинским работникам действительный возраст ребенка. В этой связи возможно внести изменения в ч. 5 ст. 132 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь, изложив ее в следующей редакции: “В исключительных случаях, для обеспечения тайны усыновления, по просьбе усыновителей могут быть изменены дата рождения ребенка, но не более чем на три месяца в течение первых трех лет жизни ребенка, а также место его рождения в пределах Республики Беларусь”.

На любом историческом этапе перед обществом стоит задача обустройства детей, их жизнеобеспечения и защиты их интересов. Цивилизованное общество признает человека наивысшей ценностью, а потому обращает на это особое внимание. Однако очевидно и то, что забота о тех согражданах, которые не в состоянии позаботиться о себе самостоятельно, – это вынужденная обязанность любого социального коллектива, а также любого государства, обеспечивающего собственную безопасность. В первую очередь необходимость такой заботы проявляется в вопросе устройства детей, оставшихся без попечения родителей.

**Список использованных источников:**

1. Бруй М. Г. Семейное право / М. Г. Бруй. – 2-е изд., перераб. – Минск: ТетраСистемс, 2008. – 272 с.
2. Кодекс о браке и семье Республики Беларусь, 9 июля 1999 г. № 278-З: в ред. Закона Республики Беларусь от 24 июля 2012 года // “Эталон” / База “Законодательство”, Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. – Минск, 2012.

**Ю. В. Прохоревич,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВ ДЕТЕЙ В РЕПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Никто не может поспорить с тем, что в настоящее время проблема обеспечения и защиты прав ребенка является крайне важной практически в любом, даже в самом процветающем государстве. Безусловно, дети являются самой незащищенной группой населения в постоянно изменяющихся жизненных условиях. Рост смертности, голод, преступность среди детей, увеличение количества сирот, жестокость и насилие по отношению к ним – лишь некоторые вопросы, волнующие все мировое сообщество, поскольку игнорировать их уже невозможно.

Первым документом, закрепившем на международном уровне необходимость заботы о детях и их защиты, стала Женевская декларация прав ребенка 1924 г. Однако окончательно международная система защиты прав детей как составляющей прав человека сложилась после второй мировой войны в результате деятельности ООН. Следует отметить, что Республика Беларусь является участницей практически всех важнейших международных договоров в области защиты и обеспечения прав и интересов детей: Конвенции о правах ребенка; Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми; Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей; Конвенция о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда; Конвенция по защите детей и сотрудничеству в отношении международного усыновления; Международной конвенции о борьбе с торговлей женщинами и детьми. Кроме того, в рамках Содружества Независимых Государств был разработан ряд документов в этой области: Соглашение о сотрудничестве государств-участников СНГ в вопросах возвращения несовершеннолетних в государства их постоянного проживания 2002 г., Рекомендательный акт “О защите детей при приватизации жилищного фонда” 1996 г., Решение о защите детства в государствах-участниках СНГ 2000г.

Наиболее важное место среди них принадлежит Конвенции о правах ребенка 1989 г., которую в настоящее время ратифицировало более 190 государств мира. Для Республики Беларусь она вступила в силу 31 октября 1990 г. В конвенции определены основополагающие права человека (личные, политические, экономические, культурные), которыми должны обладать все дети без всякой дискриминации. В частности, закреплено право каждого ребенка на жизнь, здоровое развитие, на имя, гражданство, свободу ассоциаций и мирных собраний, свободу от всех форм физического или психологического развития. Важное место в документе принадлежит роли семьи в воспитании и развитии ребенка. Особое внимание уделено детям-беженцам, детям-инвалидам и тем, которые принадлежат к национальным меньшинствам. Ратифицировав данную Конвенцию, Республика Беларусь приняла на себя обязательства по имплементации норм данного международного договора в свою национальную правовую систему.

Что касается национального законодательства, то основополагающим правовым актом, регулирующим права и свободы граждан Республики Беларусь, и соответственно детей, является Конституция. Вместе с общими нормами о правах человека и гражданина она содержит специальные положения, непосредственно касающиеся защиты прав ребенка. Статья 32 Конституции Республики Беларусь провозглашает, что брак, семья, материнство, отцовство и детство находятся под защитой государства. В ней признается, что ребенок не должен подвергаться жестокому обращению или унижению, привлекаться к работам, которые могут нанести вред его физическому, умственному или нравственному развитию [1].

Основным правовым актом, непосредственно регулирующим права детей, является уже упомянутый Закон Республики Беларусь “О правах ребенка” (в редакции от 30 декабря 2011 г.).

Закон гарантирует ребенку право на гражданство (ст. 7), на имя (ст. 20), на защиту чести и достоинства (ст. 27) и другие неотъемлемые права. Немаловажное значение имеет закрепленное за ребенком право на свободу мнений, убеждений и их свободное выражение, при этом особо подчеркивается право каждого ребенка, способного формулировать свои взгляды, свободно их выражать по всем затраги-

вающим его вопросам, причем взглядам ребенка должно уделяться надлежащее внимание в соответствии с его возрастом (ст. 11) [2]. Так как принятие Закона Республики Беларусь “О правах ребенка” во многом явилось следствием ратификации Беларусью Конвенции о правах ребенка, представляется обоснованным провести сравнительный анализ нормативных положений этих документов. Общая характеристика Закона позволяет сделать вывод, что в нем закреплены основные положения Конвенции, хотя об абсолютном соответствии говорить нельзя [3].

Кроме того, анализ содержания ряда статей Закона позволяет говорить о необходимости их развития и дополнения с целью более полного соответствия международно-правовым нормам, закрепленным в Конвенции. Так, представляется, что статью 5 Закона, касающуюся права на охрану и укрепление здоровья, следовало бы дополнить положением о праве ребенка, помещенного компетентными органами на попечение с целью ухода за ним, на периодическую оценку такого лечения, как это предусмотрено статьей 25 Конвенции. Закон непосредственно не предоставляет ребенку право на социальное обеспечение, как это закреплено в Конвенции, а вместо этого говорит о социальной защите семьи со стороны государства (ст. 21). Вероятно, следовало бы отдельно зафиксировать данное право ребенка как субъекта правоотношений в этой области.

Вышесказанное позволяет сделать вывод о необходимости приведения Закона Республики Беларусь “О правах ребенка” в полное соответствие с Конвенцией и дополнить его рядом прав (таких, как право на сохранение своей индивидуальности, право на физическое и психологическое восстановление и социальную реинтеграцию, права ребенка, принадлежащего к меньшинствам или коренному населению).

Закон Республики Беларусь “О правах ребенка” не является единственным документом, регламентирующим права детей в Беларуси. Специальные нормы по правам ребенка содержатся в отраслевых нормативно-правовых актах: Кодексе Республики Беларусь о браке и семье, Уголовном, Уголовно-процессуальном, Гражданском кодексах и др.

В последнее время, особенно после принятия Конвенции о правах ребенка 1989 г., многие страны начали создавать специальные органы в целях поощрения прав детей и наблюдения за их осуществлением, такие, как уполномоченные (омбудсмены) или комиссары по правам ребенка. В Декларации и Плате действий “Мир, пригодный для жизни детей”, принятых Генеральной Ассамблеей ООН в 2002 г., содержатся обязательства государств по созданию таких национальных органов, как уполномоченные по правам ребенка.

В деятельности уполномоченных по правам ребенка выделяют ряд основных функций: защита прав конкретного ребенка и представительство его интересов; расследование дел по индивидуальным жалобам детей; наблюдение за осуществлением законодательства, касающегося защиты интересов детей; внесение рекомендаций в государственные органы по изменению законодательства в области охраны прав детей; содействие повышению информированности о правах ребенка, как самих детей, так и взрослых; действие в качестве посредника в случаях возникновения конфликтов между детьми и родителями; представление докладов о проделанной работе и о положении дел в вопросе соблюдения прав ребенка и др. Конечно, не во всех ныне действующих ведомствах омбудсменов ведется работа сразу по всем вышеперечисленным направлениям. Так, в Бельгии (фламандские провинции) основной функцией омбудсмена является работа с индивидуальными жалобами, подаваемыми либо самими детьми, либо от их имени. В Норвегии уполномоченный по правам ребенка наряду с защитой интересов отдельных детей представляет интересы норвежских детей в целом. Шведский омбудсмен не обладает полномочиями по рассмотрению конкретных дел и работает по упрочению и расширению прав и интересов всех детей.

Как показывает опыт государств, создавших у себя институты уполномоченных по правам ребенка, наличие данных ведомств является важным механизмом защиты прав и интересов детей. Так, в Норвегии уполномоченный содействовал принятию законов о запрещении телесных наказаний детей, об обеспечении прав детей, находящихся на лечении в больнице, и повышении возраста, с которого молодые люди могут привлекаться к суду. Благодаря шведскому омбудсмену в стране был создан парламентский комитет, занимающийся вопросами насилия в отношении детей. В Исландии на основе докладов омбудсмена о содержании детей в тюремных заведениях было принято решение о создании специальных реабилитационных центров для несовершеннолетних правонарушителей [3].

Что касается Беларуси, то сложившаяся система органов, на которые возложены функции по соблюдению и защите прав детей (органы образования, здравоохранения, социальной защиты, опеки и попечительства, комиссии по делам несовершеннолетних, прокуратура и др.) свидетельствует о недостаточности такого содействия и контроля, поскольку на практике комплексный подход к защите прав ребенка не обеспечивается. Контроль в подавляющем большинстве случаев осуществляется органами исполнительной власти за собственными действиями или действиями учреждений, подчиненных данным органам. На наш взгляд, уполномоченный по правам ребенка своей деятельностью, мог бы дополнить уже существующие формы и средства обеспечения прав ребенка в качестве национально-независимого механизма правовой защиты детей путем осуществления независимого контроля со стороны общества за деятельностью государственных органов, органов местного самоуправления по обеспечению прав детей, детских учреждений в части обеспечения прав детей; защиты ребенка, чьи права нарушены органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами; содействия восстановлению нарушенных прав ребенка. С учетом вышесказанного представляется целесообразным предусмотреть создание в Беларуси подобного института.

**Список использованных источников:**

1. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). – Минск : Амалфея, 2005. – 48 с.
2. О правах ребенка : Закон Респ. Беларусь от 19 нояб. 2003 г. № 2570-XII : с изм. и доп. : текст по состоянию на 30 дек. 2011 г. – Минск : Дикта, 2012. – 9 с.
3. Старовойтов О. Имплементационные меры Республики Беларусь по реализации положений Конвенции о правах ребенка 1989 г. / О. Старовойтов // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2004. – №3. – С. 78-81.

**А. А. Ранцева,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПРОБЛЕМЫ ВОСПИТАНИЯ РЕБЕНКА В СЕМЬЕ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

Одной из ведущих, концептуальных идей XX в., имеющих значимость как для мирового сообщества в целом, так и для каждой страны в отдельности и каждой личности в частности, явилась идея прав человека. Эта концепция имеет различные аспекты и области применения: философские, политические, юридические, этические. Кроме того, в этой сфере теоретических сведений и общественной деятельности можно выделить своеобразные самостоятельные составляющие, например, права женщин, права инвалидов, права национальных меньшинств. Применительно к нашему времени особую актуальность приобрело движение за права детей [1, с. 3].

Необходимость особой правовой защиты несовершеннолетних обусловлена, в первую очередь, их физической и умственной незрелостью, а следовательно, вытекающей из этого потребностью в охране и заботе, обеспечении условий для нормального воспитания и развития [2, с. 3].

Особое внимание в настоящее время в Республике Беларусь и Российской Федерации уделяется рассмотрению социальных проблем воспитания ребенка в семье. Прежде всего такие проблемы проявляются в уклонении родителей от воспитания детей, вследствие чего они лишают ребенка минимальных жизненных благ, необходимых для проживания и развития, не заботятся о его здоровье, нравственном, физическом и психологическом развитии, обучении, подготовке к труду и самостоятельной жизни в обществе.

В соответствии с частью 3 ст. 32 Конституции Республики Беларусь воспитание детей – конституционное право и конституционная обязанность родителей, которые имеют право и обязаны воспитывать детей, заботиться об их здоровье, развитии и обучении. Ребенок должен быть полностью подготовлен к самостоятельной жизни в обществе и воспитан в духе идеалов, особенно в духе мира, достоинства, терпимости, свободы, равенства и солидарности.

В соответствии с пунктом 2 ст. 38 Конституции Российской Федерации забота о детях, их воспитание – равное право и обязанность родителей. Следовательно, и в Конституции Российской Федерации, и в Конституции Республики Беларусь закрепляется право и обязанность родителей на воспитание ребенка.

Республика Беларусь наравне с Российской Федерацией предпринимает все возможные усилия к тому, чтобы обеспечить признание принципа общей и одинаковой ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка. Родители или в соответствующих случаях законные опекуны несут основную ответственность за воспитание и развитие ребенка. Наилучшие интересы ребенка являются предметом их основной заботы.

Родители имеют равные права, и ни один из них не вправе навязывать свою волю другому. Все вопросы воспитания родители должны решать только по взаимному согласию. Они вправе самостоятельно определять средства и формы воспитания, вплоть до применения определенных мер принуждения и запрета, чтобы добиться от детей желаемого поведения, предотвратить негативные последствия. Однако это не означает, что родители имеют право на жестокое обращение с детьми, пренебрежительно к ним относиться. Унижать их достоинство и оскорблять, допускать злоупотребление своими родительскими правами [2, с. 11].

В соответствии со ст. 21 Закона Республики Беларусь “О правах ребенка” с целью полноценного содержания и воспитания ребенка в семье государство устанавливает необходимый уровень материальной поддержки в виде государственных пособий, гарантирует права на пользование детскими дошкольными учреждениями и предоставляет льготы в соответствии с законодательством. В ст. 4 Федерального закона Российской Федерации “Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации” установлено, что одним из принципов государственной политики является государственная поддержка семьи в целях обеспечения полноценного воспитания детей, защиты их прав, подготовки



их к полноценной жизни в обществе. Но, по моему мнению, для обеспечения полноценного воспитания ребенка в семье недостаточно активных действий только со стороны государства. Родители сами должны быть заинтересованы в том, чтобы их ребенок достиг необходимого уровня воспитания и мог в будущем активно реализовывать себя в обществе как личность, что зачастую недостижимо в силу аморального поведения родителей.

Так, родители часто отрицательно влияют на поведение ребенка, жестоко обращаются с ним, вовлекают в преступную деятельность, приобщают к спиртным напиткам, немедицинскому употреблению наркотических, токсических, психотропных и иных одурманивающих веществ, принуждают к занятию попрошайничеством, азартным играм [3, с. 23]. Все это, на мой взгляд, не отвечает не только требованиям к воспитанию детей, но и приводит к обстановке, представляющей опасность для их жизни и здоровья. Конечно, государственные органы и должностные лица не могут в полной мере отслеживать процесс воспитания ребенка в семье, но в тоже время они должны быстро и своевременно реагировать на нарушения этого процесса и принимать необходимые меры для предотвращения неблагоприятных последствий.

Воспитание ребенка в семье состоит не только в формировании у него чувств свободы, терпимости, равенства, но и в определенном его образовании и отношении к религии. В законодательстве Российской Федерации, как и в законодательстве Республики Беларусь, указано, что воспитание и образование детей осуществляются родителями или лицами, их заменяющими, с учетом права ребенка на свободу совести и свободу вероисповедания. Государство не может вмешиваться в воспитание ребенка, основанное на определенном религиозном мировоззрении родителей или лиц, их заменяющих, за исключением случаев, когда побуждение к религиозным действиям угрожает жизни или здоровью ребенка, нарушает его законные права.

Законодательством Республики Беларусь регулируется порядок участия в воспитании ребенка отдельно проживающего родителя. Так, родитель, проживающий отдельно от детей, имеет право общаться с ними и обязан принимать участие в их воспитании, что соответствует принципам равных родительских прав и обязанностей в отношении своих детей и правам ребенка на равную заботу и внимание со стороны матери и отца независимо от их совместного или раздельного проживания. Родитель, при котором проживают дети, не вправе препятствовать другому родителю общаться с детьми и участвовать в их воспитании. Но в случае, если общение с ребенком отдельно проживающего родителя мешает нормальному воспитанию ребенка и оказывает на него вредное влияние, суд может принять решение об ограничении общения одного или обоих родителей с ребенком на определенный или неопределенный срок [2, с. 14].

В законодательстве Российской Федерации данная норма права также присутствует. Так, родитель, проживающий отдельно от ребенка, имеет права на общение с ребенком, участие в его воспитании и решение вопросов получения ребенком образования. Родитель, с которым проживает ребенок, не должен препятствовать общению ребенка с другим родителем, если такое общение не причиняет вред физическому и психическому здоровью ребенка, его нравственному развитию.

На мой взгляд, в данной области норму законодательства как в Республике Беларусь, так и в Российской Федерации следовало бы совершенствовать, а именно, более четко отслеживать, какой из родителей осуществляет непосредственную заботу и воспитание ребенка. Ведь встречаются случаи, когда родитель, проживающий отдельно, вносит более ценный вклад в воспитание ребенка, чем родитель, проживающий вместе с ним. Также практика показывает, что отдельно проживающий родитель может вообще не участвовать в воспитании ребенка в силу неприязненных отношений с другим родителем, следовательно, в данном случае, происходит ограничение прав ребенка на равную заботу и внимание со стороны матери и отца. Немало семей существуют только формально, в них супруги живут каждый сам по себе и воспитательный вклад отца настолько незаметен, что его можно не принимать во внимание. Семьи, где имеются явные дефекты воспитания, принято называть неблагополучными. Таким образом, по моему мнению, полная семья не всегда является гарантом полноценного воспитания ребёнка.

Законодательство Республики Беларусь не содержит правовых норм, гарантирующих родителю, проживающему отдельно от ребенка, получение достоверной информации о своем ребенке из воспитательных, лечебных и иных аналогичных учреждений. Для сравнения, в законодательстве Российской Федерации закреплено такое положение и на этом основании родитель, проживающий отдельно от ребенка, имеет право на получение полной информации о состоянии физического и психического

здоровья своего ребенка, о его развитии, учебе, отношениях в коллективе. Причем указанные учреждения обязаны предоставить такую информацию по требованию родителя за исключением случаев наличия угрозы для жизни и здоровья ребенка со стороны родителя. Однако и в таком случае отказ в предоставлении информации может быть оспорен родителем в судебном порядке.

Я считаю, что указанные правовые нормы можно позаимствовать и белорусскому законодателю, поскольку они в большей мере защищают родительские права отдельно проживающего от ребенка родителя. Указанные положения позволяют ему получить всю информацию о своем ребенке от компетентных лиц, без обращения за этим к родителю, проживающему с ребенком, с которым, возможно, на данный период сложились неприязненные отношения.

Таким образом, родители или лица, их заменяющие, должны создавать необходимые условия для полноценного развития, воспитания, образования, укрепления здоровья ребенка и подготовки его к самостоятельной жизни в семье и обществе.

Поскольку родители и вправе, и обязаны содержать и воспитывать своих детей, то они должны иметь на это преимущественное право перед другими лицами. Однако в действующем КоБС Республики Беларусь такая норма не определена. Ее отсутствие восполнил Пленум Верховного Суда Республики Беларусь в п. 14 постановления от 30.09.2004 г. № 11 “О практике рассмотрения судами споров, связанных с воспитанием детей”, который обозначил указанную норму. Считаю, что она должна быть указана в законе. Поэтому, я думаю, необходимо ч. 1 ст. 79 КоБС дополнить нормой следующего содержания: “Родители имеют преимущественное право перед другими лицами на воспитание своих детей, за исключением случаев, не отвечающих законным интересам детей”. Право на воспитание предполагает в качестве обязательного условия наличие возможности лично воспитывать ребенка. Следовательно, дополнение КоБС указанной нормой будет способствовать защите прав родителей.

В заключение следует заметить, что в целом нормы брачно-семейного законодательства Российской Федерации и Республики Беларусь, на мой взгляд, достаточно полно регулируют круг отношений, связанных с воспитанием ребенка в семье. Но в тоже время существуют круг вопросов, которые, по моему мнению, недостаточно регламентируют ту или иную сферы воспитания ребенка, например, проблему участия отдельно проживающего родителя в воспитании ребенка; проблему несвоевременного, в отдельных случаях, реагирования государственных органов (должностных лиц) на отсутствие процесса воспитания детей в неблагополучных семьях. Поэтому, я считаю, законодателю необходимо более полно отражать в брачно-семейных нормах процесс разрешения вышеперечисленных проблем, и в целом брачно-семейное законодательство как Республики Беларусь, так и Российской Федерации должно продолжать процесс своего развития.

Семья — единственный воспитательный институт, нравственное воздействие которого человек испытывает на протяжении всей жизни. И чем сильнее взаимосвязь и преемственность между семейным воспитанием и воспитанием общественным, тем значительнее результат воспитания как единого целенаправленного процесса.

#### **Список использованных источников:**

1. Смагина Л. И. Права ребенка : теория и методика : Пособие для педагогов / Л. И. Смагина. — Минск : Белорусская наука, 2001. — 158 с.
2. Кеник А. А. Защита прав ребенка и несовершеннолетних в Республике Беларусь / А. А. Кеник. — Минск : Дикта, 2007. — 312 с.
3. Никончук А. С. Педагог социальный в системе мер по защите прав и законных интересов несовершеннолетних / А. С. Никончук // АіВ : Сацыяльна-педагагічная работа. — 2012. — № 6. — С. 21-30.

**Ж. В. Третьякова,**

*кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского и хозяйственного права Могилевского государственного университета им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПЕРСПЕКТИВЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ О ЛИШЕНИИ РОДИТЕЛЬСКИХ ПРАВ**

Согласно п. 1 ст. 9 Конвенции о правах ребенка, ребенок не должен разлучаться со своими родителями вопреки их желанию, за исключением случаев, когда компетентные органы, согласно судебному решению, определяют, что такое разлучение необходимо в наилучших интересах ребенка. В соответствии с ч. 4 ст. 32 Конституции Республики Беларусь дети могут быть отделены от своей семьи против воли родителей и других лиц, их заменяющих, только на основании решения суда, если родители или другие лица, их заменяющие, не выполняют своих обязанностей.

Родительские права предоставляются гражданам в интересах детей и общества и относятся к числу неотчуждаемых прав. Однако если они используются во вред ребенку либо не исполняются, то возможна их утрата путем лишения родительских прав. В настоящее время в Республике Беларусь сформировалась новая государственная политика в отношении детства, построенная с учетом современных позиций мирового сообщества. Несмотря на то, что одним из главных социальных приоритетов является создание условий для соблюдения прав детей, оказание им необходимой помощи и поддержки со стороны общества и государства, укрепление приоритета семьи как наиболее благоприятной и естественной среды для развития и воспитания детей, проблема нарушения прав и законных интересов ребенка со стороны родителей остается одной из самых острых. Неутешительная статистика свидетельствует о значительном количестве фактов нарушения прав и законных интересов ребенка со стороны родителей.

Так, в 2004 г. в Республике Беларусь число родителей, лишенных родительских прав составило 4495 человек; в 2005 г. – 4669 человек; в 2006 г. – 4343 человека; в 2007 г. – 4750 человек; в 2008 г. – 4265 человек; в 2009 г. – 4052 человека; в 2010 г. – 3821 человек; в 2011 г. – 3767 человек (данные Министерства юстиции Республики Беларусь). Значительную роль в решении проблемы играет правовое регулирование брачно-семейных отношений. В связи с этим, одной из актуальных задач реформирования общества, является совершенствование законодательства о браке и семье.

Лишение родительских прав – это исключительная мера семейно-правовой ответственности родителя за невыполнение или ненадлежащее выполнение родительских обязанностей в отношении своего несовершеннолетнего (не приобретшего полной дееспособности) ребенка, которая направлена на защиту его законных интересов и выражается в утрате родителем всех прав, основанных на факте родства с ребенком. Данная мера применяется в судебном порядке в случае, когда защитить права и законные интересы ребенка иным путем невозможно, при наличии оснований, исчерпывающий перечень которых содержится в ч. 1 ст. 80 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС). Родители или один из них могут быть лишены родительских прав в отношении несовершеннолетнего ребенка, если будет установлено, что:

- они уклоняются от воспитания и (или) содержания ребенка;
- они злоупотребляют родительскими правами и (или) жестоко обращаются с ребенком;
- они ведут аморальный образ жизни, что оказывает вредное воздействие на ребенка;
- они отказались от ребенка и подали письменное заявление о согласии на усыновление при их раздельном проживании с ребенком;
- в течение шестимесячного срока после отобрания у них ребенка по решению комиссии по делам несовершеннолетних районного, городского исполнительного комитета, местной администрации района в городе по месту нахождения ребенка не отпали основания для отобрания у них ребенка, указанные в ч. 1 ст. 85<sup>1</sup> КоБС.

Считаем, что ответственность родителей, лишенных родительских прав, должна быть усилена. Для наличия оснований лишения родительских прав законодатель в ч. 1 ст. 80 КоБС непосредственно

указывает на противоправное поведение родителя вне зависимости от наступления вреда. Родитель несет ответственность за виновные и неправомерные действия независимо от того, наступили какие-либо вредные последствия для ребенка или нет. Часто при лишении родительских прав материального вреда ребенку не причиняется, но родители, ненадлежащим образом выполняющие свои родительские обязанности, должны осознавать противоправность своего поведения и возможность наступления вредных последствий для ребенка [1, с. 55]. Вредные последствия могут характеризоваться как неимущественный вред (например, увечье, повреждение здоровья и (или) психического состояния ребенка при жестоком обращении с ним родителя). Характерная особенность неимущественного вреда состоит в том, что его трудно определить [1, с. 61]. Нередко реальный вред ребенку вообще не причиняется. Например, один из родителей уклоняется от выполнения своих родительских обязанностей, однако ребенок не страдает от этого, так как получает необходимую заботу и воспитание от другого родителя либо от родственников. Поэтому законодатель указывает в законе только на противоправное поведение родителя, оставляя вредные последствия за пределами состава семейного правонарушения. Если в семье имеет место правонарушение со стороны родителей (или одного из них), а, особенно, злоупотребление родительскими правами и жестокое обращение с детьми, это может вызвать задержки и недостатки физического и (или) психического развития детей. Данные формы причинения вреда не всегда учитываются, так как их нередко сложно выявить в полном объеме, а иногда указанные последствия могут появиться у ребенка только спустя определенное время в виде различных психических отклонений либо заболеваний. Поддерживаем мнение, что при подозрении на наличие вреда, причиненного здоровью ребенка (особенно при злоупотреблении родительскими правами и жестоким обращении с детьми), суду, при рассмотрении дел о лишении родительских прав, следует назначать судебно-медицинскую и (или) психолого-психиатрическую экспертизы. Они позволят определить наличие вредных последствий для здоровья ребенка, являющихся результатом противоправного поведения родителя [2, с. 27]. Полагаем, что при рассмотрении дел о лишении родительских прав суду следует принять все необходимые меры для выявления наличия вреда, причиненного здоровью ребенка его родителем. В этом контексте представляется необходимым ст. 82 КоБС дополнить отдельной частью следующего содержания: “Суд при рассмотрении дел о лишении родительских прав принимает необходимые меры для выявления наличия вреда, причиненного здоровью ребенку родителем, в отношении которого заявлен иск о лишении родительских прав. Если в результате действий родителя, лишенного родительских прав, был причинен вред здоровью ребенка, то родитель обязан возместить расходы, вызванные повреждением здоровья. Вред возмещается по правилам, предусмотренным Гражданским кодексом Республики Беларусь”.

Нередко виновные и противоправные действия родителя причиняют ребенку физические и нравственные страдания, т. е. наносят моральный вред. Полагаем, что в таких случаях ребенку должна быть осуществлена компенсация указанного вреда. Данное мнение в общих чертах уже высказывалось в юридической литературе, в частности, Л. Е. Чичеровой, Ю. Ф. Беспаловым. Элементом научной новизны является разработка авторской редакции правовой нормы, регуливающей ответственность родителей.

Основанием для компенсации морального вреда является наличие вредных последствий виновного, противоправного поведения родителя и причинно-следственной связи между действиями (бездействием) родителя и возникшим вредом. В семье, где имеются основания для лишения родителя его родительских прав, в большинстве случаев нарушаются личные неимущественные права, принадлежащие ребенку как субъекту родительского правоотношения. Вне всякого сомнения, жестокое обращение родителя с ребенком всегда причиняет моральный вред ребенку. А это может повлечь за собой необратимые последствия. На этом основании необходимо дополнить ст. 82 КоБС отдельной частью следующего содержания: “Ребенок имеет право на компенсацию морального вреда, причиненного действиями родителя, лишенного родительских прав. Компенсация морального вреда осуществляется по правилам, предусмотренным Гражданским кодексом Республики Беларусь”. Считаем, что данная правовая норма усилит ответственность родителей за ненадлежащее выполнение своих родительских обязанностей и одновременно обеспечит защиту прав и законных интересов ребенка.

В соответствии с ч. 1 ст. 152 Гражданского Кодекса Республики Беларусь требовать компенсацию морального вреда имеет право лицо, которому причинен моральный вред. В исследуемом случае заявлять указанное требование в интересах ребенка может его законный представитель на основании ч. 1 ст. 74 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь.

Поскольку судьи не являются специалистами в области психологии, они самостоятельно не могут определить тяжесть нравственных волнений, глубину, интенсивность и длительность переживаний негативных эмоций ребенком. На этом основании для полного исследования всех обстоятельств дела, суду необходимо назначать судебно-психологическую экспертизу. Выводы суда будут основываться на экспертном заключении, которое должно содержать сведения о переживании ребенком негативных эмоций и об их тяжести, а также о наличии причинно-следственной связи между указанными эмоциями и поведением родителя.

Необходимо отметить, что родители и представители ребенка в силу незнания закона могут не заявить в суде требование о взыскании с родителя, лишённого родительских прав, в пользу ребенка компенсации морального вреда и возмещения расходов, вызванных повреждением здоровья. Поскольку суд не может выходить за пределы заявленных исковых требований (ст. 273 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь), и тем более, по своей инициативе решать вопрос о компенсации морального вреда, считаем, что необходимо закрепить в КоБС обязанность суда разъяснять законным представителям ребенка о наличии у них такого права. На этом основании предлагаем дополнить ст. 81 КоБС отдельной частью следующего содержания: “Суду следует разъяснять законному представителю ребенка его право требовать с родителя, лишённого родительских прав, возмещения расходов, вызванных повреждением здоровья ребенка, и компенсации ребенку морального вреда”.

Предлагаемые автором правовые нормы по совершенствованию действующего семейного законодательства в области защиты родительских прав будут в итоге способствовать укреплению семейных правоотношений вообще и родительского правоотношения в частности.

#### **Список использованных источников:**

1. Чичерова Л. Е. Ответственность в семейном праве: вопросы теории и практики: монография / Л. Е. Чичерова; под науч. ред. В. А. Рыбакова; Федеральная служба исполнения наказаний, Акад. права и упр. – Рязань: Акад. права и упр., 2005. – 195 с.
2. Беспалов Ю. Ф. Основания и порядок лишения родительских прав / Ю. Ф. Беспалов // Российская юстиция. – 2000. – № 12. – С. 26-27.



**А. С. Цагельник,**

*Могилёвский государственный университет им А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА РЕБЕНКА НА ЖИЗНЬ В СЕМЬЕ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Права человека – это совокупность предназначенных природой индивида условий, принципов, норм, правил и способов деятельности, обеспечивающих ему возможность достойной жизни в обществе.

Согласно статье 1 Конституции Республики Беларусь, наше государство является правовым, а значит, соблюдение норм права в нем является одним из принципов его существования. Законодательство, действующее на территории нашего государства, защищает все категории населения, но так выходит, что наши дети в силу физической и умственной незрелости не могут обойтись без помощи взрослых и дополнительной защиты со стороны государства.

Ребёнком признаётся человек с момента рождения и до момента исполнения ему 18 лет, то есть когда он приобретает в полной мере дееспособность, без каких-либо дополнительных оснований. Основными источниками, которые закрепляют права несовершеннолетних, являются Конституция Республики Беларусь, Закон Республики Беларусь от 19 ноября 1993 г. (в ред. от 26.05.2012г.) № 2570-ХІІ “О правах ребенка”, Кодекс Республики Беларусь о браке и семье и др.

Естественной средой, где ребёнок может реализовать свои права, является семья, но, к сожалению, существует такое неблагоприятное социальное явление как сиротство. По общепринятому мнению сиротой считается ребёнок, у которого нет единственного или обоих родителей. Но существует и такое понятие, как социальное сиротство – это когда ребёнок имеет биологических родителей, которые по определенным причинам не занимаются его воспитанием и не заботятся о нём.

Проблема сиротства не новая, она существует уже давно и является наболевшей не только для Беларуси, но и для всего мира. К свидетельству о том, что данная проблема является мировой можно привести следующие, наиболее значимые, международные документы, затрагивающих проблемы детей, лишённых надлежащей родительской заботы: Конвенция о правах ребёнка принята резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 года; Женевская декларация прав ребёнка принята Пятой Ассамблеей Лиги Наций в Женеве от 26 ноября 1924 года; Европейская конвенция об усыновлении детей ETS N 58 подписанная государствами входящими в состав Совета Европы, Страсбург, 24 апрель 1967 года.

На международном уровне для решения данной проблема предпринимаются определённые шаги: разрабатываются соответствующие нормативные документы, рекомендации, аккумулируются финансовые средства для оказания технической помощи государствам, стремящимся к сотрудничеству с международным сообществом в этом направлении, осуществляется мониторинг положения детей в различных странах.

На уровне государства так же делается всё для сокращения количества детей-сирот, их устройства в различные интернатные учреждения, детские дома, принимаются меры способствующие усыновлению (удочерению) одиноких детей, так как воспитание детей в семье является приоритетной задачей различных программ, причиной этому послужило то, что воспитание ребёнка в семье способствует его лучшей социализации, что будет играть важную роль в его дальнейшей жизни. Из наиболее заметных программ можно привести: “Национальная программа демографической безопасности Республики Беларусь на 2011-2015 годы”, утверждённая Указом Президента Республики Беларусь 11 августа 2011г. № 357.

Юрий Емельяненко, начальник управления социальной и воспитательной работы Министерства образования Республики Беларусь признал, что проблемы семейного благополучия продолжают оставаться актуальными для Беларуси. “К сожалению, в социально опасном положении находятся 21-23 тыс. детей. Число семей, в отношении которых ведётся работа по месту жительства в рамках индивидуальных планов защиты прав и законных интересов детей, также остаётся достаточно стабильным – 12-13 тыс. Родительского попечения по разным причинам ежегодно лишаются около 4 тыс. детей” [1].

Министерством образования Республики Беларусь запланировано в 2012 году подготовить ряд постановлений правительства о внесении изменений и дополнений в нормативные правовые акты, регламентирующие порядок установления опеки и попечительства, создания приёмных семей, детских домов семейного типа, детских деревень и городков. В частности, будет разработано положение о постинтернатном сопровождении детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Этот документ затронет и постинтернатное сопровождение совершеннолетних сирот на этапе их выхода в самостоятельную жизнь. Планируется создание электронных банков данных о детях-сиротах в возрасте до 23 лет, включая сведения из профессионально-технических, средних специальных, высших учреждений образования различных министерств и ведомств [1].

В программу демографической безопасности Республики Беларусь на 2011-2015 годы вошли основные положения подпрограммы «Дети – сироты», президентской программы «Дети Беларуси». Согласно положениям, касающимся детей-сирот, к 2015 году планируется увеличение удельного веса детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, воспитывающихся в семьях.

По состоянию на 1 января 2012 года Национальный статистический комитет Республики Беларусь приводит следующие данные по проблеме касающейся сиротства:

- всего детей сирот и детей, оставшихся без попечения родителей – 36004;
- из них устроены в учреждения (школы-интернаты) – 7364;
- в семьях – 28640;
- в т. ч. на воспитании в приёмных семьях – 18382;
- на усыновлении – 10258;
- выявлено новых детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей за 2011 год – 4199;
- из них устроены в учреждения (школы-интернаты) – 1035;
- в опеку и приёмные семьи, усыновлены – 2 784;
- численность детей, признанных находящимися в социально опасном положении на 1 января 2012 г. – 22466;
- всего детей до 17 лет – 1730900;
- из них мальчики – 890.100;
- девочки – 840.800 [2].

Для решения данной проблемы можно предложить следующие пути:

1. Государству следует отойти от патерналистского подхода оказания помощи, когда граждане просто сидят и ждут, пока государство просто даст им денег или придумает новую льготу (пособие), которым можно будет воспользоваться без особых усилий со своей стороны.

2. Государству нужно работать в направлении повышения престижа семьи, оно всеми доступными средствами должно формировать в сознании населения, в первую очередь молодёжи, что семья – это высшая ценность. В сознании населения должен сложиться такой стереотип, что семья – это мать, отец и минимум два или три ребёнка. Формирование такого сознания у населения может и должно осуществляться не только за счёт идеологической работы, но и путём материальной поддержки путём пособий по рождению первого и последующего ребёнка, льготного кредитования и иных способов поддержки молодой семьи.

3. Профилактика сиротства, заключается в выявлении проблемных семей и проведении с ними соответствующей работы. Правильным будет ужесточить ответственность нерадивых родителей за ненадлежащее выполнение своих родительских обязанностей.

4. Нужно установить нормы которые будут давать выпускникам детских интернатных учреждений преимущество, при приёме на работу, при прочих равных основаниях, что облегчит им решение проблемы социализации.

В заключении можно сказать, что положение детей привлекает к себе все большее внимание всех структур белорусского общества. Общественность выражает озабоченность здоровьем, образованием и нравственным благополучием подрастающего поколения. Искоренение проблемы сиротства, в том числе и социального, зависит от целенаправленной и кропотливой работы общества и государства как единого целого. Потребность ребёнка иметь семью является естественной, так как только в семье ребёнок может нормально развиваться и полностью раскрыть себя, а что более важно, только в семье он может получить заботу и ласку которую ему не сможет дать никакое интернатное учреждение.

Таким образом, дети и молодежь являются самыми ценными инвестициями в будущее. Непрерывная связь и взаимопонимание всех поколений имеют важнейшее значение для любого общества. Это – не-пременное условие стабильности нашего мира, оптимизма и ответственности нынешнего поколения перед будущими поколениями.

**Список использованных источников:**

1. О необходимости совершенствования подходов к решению проблемы социального сиротства // Детская психиатрия и психология [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : <http://psihologos.akkupunktura.ru/?p=2078> – Дата доступа : 28.10.2012.
2. Статистика о детях сиротах в Беларуси // Добрая воля [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа : <http://mihck.info/node/268>. – Дата доступа : 28.10.2012.

**В. В. Шилко,**

*Белорусский государственный университет (Беларусь)*

## **ВОЗМОЖНОСТЬ УЧАСТИЯ ОДИНОКИХ МУЖЧИН И ЖЕНЩИН В ПРОГРАММЕ СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА**

Институт суррогатного материнства для белорусского права – явление относительно новое, поскольку первое законодательное закрепление суррогатного материнства было осуществлено в 2006 году. Новизна данного явления порождает множество проблем в правовом регулировании суррогатного материнства, в частности, в правах одиноких мужчин и женщин участвовать в реализации данной программы.

В различных странах институт суррогатного материнства регулируется по-разному. Например, в Австрии, Германии, Китае, Италии, Швеции, Франции, отдельных штатах США (Аризона, Мичиган), Японии суррогатное материнство запрещено. Непосредственно коммерческий характер суррогатного материнства запрещен в Дании, Израиле, Канаде. Республика Беларусь, как и ряд некоторых стран (Индия, Украина, Казахстан, Россия и др.) пошла по пути легализации суррогатного материнства.

Несмотря на то, что суррогатное материнство законодательно разрешено во многих странах мира (и число этих стран постоянно увеличивается), в праве нет единого подхода к субъектному составу участников суррогатного материнства. Возникает вопрос: вправе ли одинокие мужчины и одинокие женщины заключать договор суррогатного материнства с суррогатной матерью, или же этим правом наделяются лишь супружеские пары?

В странах, где применение суррогатного материнства регулируется законом, одинокие женщины фактически лишены права на то, чтобы воспользоваться услугами репродукции. Наличие супружеского статуса рассматриваются в качестве обязательного условия для осуществления программы суррогатного материнства. Так, анализ норм Закона Великобритании 1990 г. “Об искусственном оплодотворении человека и дальнейшем развитии эмбриологии” позволяет сделать вывод о том, что правом воспользоваться услугами суррогатной матери обладают только лица, состоящие в официальном браке [3].

В Федеральном Законе Российской Федерации от 22 июля 1993 г. № 5487-1 “Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан” содержится норма, позволяющая прибегать к суррогатному материнству не только супружеским парам, но и одиноким женщинам: “Каждая совершеннолетняя женщина детородного возраста имеет право на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона”. Подобная норма содержится и в ст. 58 Кодекса Республики Казахстан от 26 декабря 2011 г. № 518-4 “О браке (супружестве) и семье”: “применение вспомогательных репродуктивных методов и технологий допускается в отношении женщин, состоящих в зарегистрированном браке (супружестве), также в отношении женщин, не состоящих в браке (супружестве), достигших совершеннолетия и имеющих удовлетворительное физическое, психическое и репродуктивное здоровье, подтвержденное заключением медицинской организации”.

Самарин В. И. и Пухов А. А. отмечают тот факт, что белорусское законодательство допускает определенную диспозитивность на стороне генетической матери [2]. Согласно ст. 53 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье договор суррогатного материнства заключается между суррогатной матерью и генетической матерью в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению. В частности, не требуется, чтобы стороной в договоре суррогатного материнства являлась супружеская пара. Если же генетическая мать состоит в браке, то для заключения договора суррогатного материнства требуется согласие супруга. Таким образом, законодательство Республики Беларусь предоставляет право одиноким женщинам наравне с супружескими парами прибегать к услугам суррогатной матери. Данное положение дублируется и в ст. 21 Закона Республики Беларусь “О вспомогательных репродуктивных технологиях”: “договор суррогатного материнства заключается между суррогатной матерью и генетической матерью или женщиной, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению”.

Если в законодательстве ряда стран предусмотрено право одиноких женщин на возможность прибегнуть к услугам суррогатной матери, то в отношении лиц мужского пола данные нормы закреплены лишь в нескольких государствах (США) [1]. Ст. 22 Конституции Республики Беларусь 1994 г. закрепляет равенство всех людей перед законом и равную защиту их прав законных интересов. В связи с этим считаем необходимым согласиться с Н. А. Байборошой, которая отмечает, что невозможность одиноких мужчин принять участие в программе суррогатного материнства является нарушением одновременно нескольких конституционных прав граждан: равноправие мужчины и женщины, недопущение законов, умаляющих права человека, а также равное обеспечение государством поддержки материнства и отцовства [1].

Следует резюмировать, что необходимо законодательное закрепление права одиноких мужчин воспользоваться услугами суррогатной матери и в Республике Беларусь, поскольку все лица, независимо от их полового различия, должны иметь право на продолжение рода.

#### **Список использованных источников**

1. Байбороша Н. С. Право одиноких мужчин и женщин на реализацию программы суррогатного материнства / Н. С. Байбороша // Актуальні проблеми юрид. науки : зб. тез. міжнар. наук. конф. “Сьомі осінні юрид. читання”, Хмельницький, 28-29 листоп. 2008 р. : у 4 ч. / Хмельн. ун-т упр. та права. – Хмельницький, 2008. – Ч. 3: Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес. – С. 19-22.
2. Самарин В. И., Пухов А. А. Правовое регулирование суррогатного материнства в Республике Беларусь // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Human Fertilisation and Embryology Act 1990. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/30>. – Дата доступа: 10.10.2012.





**Міжнародне приватне право,  
господарське право**

**Международное частное право,  
хозяйственное право**



**Private International Law,  
Commercial Law**

**Alexander P. Alekseenko,**

*Private law department of the Institute of law and management Vladivostok State University of Economics and Service (Russian Federation)*

## THE LEGISLATION OF THE PRC ON REGULATION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENTS

### *Introduction*

China is a country with a very fast developing economy. The PRC was able to make breakthrough in the economic development due to large-scale attraction of foreign direct investments (FDI). Thanks to FDI, the new technologies and modern knowledge in management came to China, export-oriented and technologically advanced enterprises gained impetus to development. Since 1978, when the open-door policy started, till 1995 more than 100000 enterprises with foreign capital were established in the PRC [1, p. 580]. Furthermore, in accordance with statistics in 2011 the number of newly approved foreign-funded enterprises in China totaled 27,712, up by 1.12% year on year; and actually used foreign investments reached US\$116.011 billion, up by 9.72% year on year [2]. It is necessary to notice that both Russia and China have an experience of socialistic way of economic development and the rule of socialistic law, and now the RF and the PRC are reforming their legislation and methods of management. In the light of numerous statements of the Russian Government about the need to attract FDI, the experience of a dynamically developing country like China is worthy of attention.

### *1. The main sources of legal regulation of FDI in China*

The large inflow of foreign direct investments in China was determined not only by cheap labor force, capacious home market, and the stability of ruling regime, but also by legislation in the sphere of regulation of FDI. The term “legislation” in theory and in practice is used in broad and narrow senses. In the narrow sense it is a system of laws, and in the broad sense it means all effective normative acts of the state [3, p. 519]. In this article we will analyze sources of law for legal regulation of foreign direct investments using the broad sense of the word “legislation”.

The main source of legal regulation of FDI in China is the Constitution of the People's Republic of China adopted at the Fifth Session of the Fifth National People's Congress on December 4, 1982. The article 18 of the Constitution reads as follows: “The People's Republic of China permits foreign enterprises, other foreign economic organizations and individual foreigners to invest in China and to enter into various forms of economic cooperation with Chinese enterprises and other Chinese economic organizations in accordance with the law of the People's Republic of China. All foreign enterprises, other foreign economic organizations as well as Chinese-foreign joint ventures within Chinese territory shall abide by the law of the People's Republic of China. Their lawful rights and interests are protected by the law of the People's Republic of China” [4]. It means that the PRC in its new Constitution makes international cooperation in the sphere of foreign investments as one of the national priorities.

The next part of legislation on FDI in China is the laws which concern the issue. The most important and comprehensive are the following laws: The Law of the PRC on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures adopted year 1979 (EJW Law); Wholly Foreign Owned Enterprise Law of the People's Republic of China adopted year 1986 (WOFE Law); Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Contractual Joint Ventures adopted year 1988 (CJV Law); Law of the People's Republic of China on Protection of the FDI of Taiwanese Compatriots adopted year 1999. They contain basic terms, rules and requirements for establishment enterprise with foreign capital but it is not correct to consider these legal acts as part of corporate law because joint venture or wholly owned enterprise are not form of incorporation of Chinese entity [5, p. 201]. The abovementioned laws include provisions that guarantee foreign direct investors, their rights and protect their property in the PRC. For example article 2 of EJW Law reads: “the Chinese Government protects, in accordance with the law, the investment of foreign joint ventures, the profits due to them and their other lawful rights and interest in a joint venture, pursuant to the agreement, contract and articles of association approved by the Chinese Government. Joint ventures shall follow the provisions of the laws and regulations of the People's Republic of China in all their activities. The state does not practice nationalization and expropriation of a joint venture; under special circumstances, the state, in accordance with the needs of social public interest, expropriates a joint venture pursuant to legal procedures and offers corresponding compensations” [6].

## *II. Legal acts of the State Council, Ministry, governments of province level and municipalities*

Chinese laws on FDI don't include detailed order of registration and governance of the enterprises with foreign capital. All these procedures are settled by different regulations, provisions and measures which are subdivided into three types: guiding of FDI, implementing laws on FDI and administrating FDI companies in specific sectors of economy. First of all, the Regulations for the implementation of EJV, WOFE, and CJV Laws, for example, Chapter XII of Regulations for the implementation of WOFE Law 1990, details of the procedure, terms and conditions of liquidation of wholly foreign-invested enterprise [7].

Among the provisions two legal acts can be identified as initial for every foreign investor notwithstanding the industry he operates. First of all, the Provisions on Guiding the Orientation of Foreign Investment, promulgated by the State Council in 2002. The main aim of this legal act is to encourage FDI in those industries of Chinese economy which have priority for the state. The article 1 of this Provisions reads as follows: "In order to guide the orientation of foreign investment, to keep the orientation of foreign investment in line with the national economy and social development planning of China, and to protect of the lawful rights and interests of investors, these Provisions have been formulated according to the laws and provision on foreign investment and the requirements of industrial policies of the State" [8]. According to the article 3 of Provisions State Development Planning Commission, the State Economic and Trade Commission, the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation should formulate The Catalog of Foreign-funded Industry Guidance (2011) and the Catalogue of Priority Industries for Foreign Investment in Central and Western China (2008). The Guidance catalogue divide foreign investments into four categories: encouraged, permitted, restricted and prohibited [9]. It also sets maximum percentage of foreign-owned assets in industries which have vital role for national economy and which are crucial for public interests. The Catalogue of Priority Industries for Foreign Investment in Central and Western China contains encouraged directions of the foreign-funded projects in twenty provinces of the PRC [10] and was adopted with the aim to balance the income gap between sea coast and inland area of the PRC [11, p. 161]. Under this Catalogue foreign-invested enterprises may enjoy the preferential policies if they comply with the territorial and economic requirements.

There is one more characteristic feature of Chinese legislation on foreign direct investments. In fact, every foreign direct investor has "his own doing business rules" in China. Provisions and regulations on the administration of FDI Company depend on the sector of economics in which foreign-invested or joint enterprise realize activities. Today following provisions and regulations are effective in the PRC: Provisions on Administration of Foreign Investment in International Maritime Transportation (2004); Provisions on electric power projects invested by foreigners (1997); Provisions on the Administration of Foreign-funded Advertising Enterprises (2004); Provisions on the Administration of Foreign-funded Telecommunications Enterprises (2002); Regulation of the People's Republic of China on the Administration of Foreign-funded Insurance Companies (2001); the Regulation of the People's Republic of China on the Administration of Foreign-funded Banks (2006). Moreover some articles about FDI enterprises are contained in the Provisions of the PRC on Touristic Agencies and Provisions on Entertainment Companies. The Regulations and Provisions of the People's Republic of China on the Administration of Foreign-funded Companies are promulgated by Orders of the State Council of the People's Republic of China. The sphere of the FDI is also regulated by different measures and temporary measures: Measures for the Administration of Foreign-invested Mineral Exploration Enterprises (2008); Interim Measures for the Supervision and Administration of the Pilot Operation of the Outbound Tourism Business by Sino-foreign Joint Venture Travel Agencies (2010), they are deliberated and adopted by relevant ministries.

Besides national legislation on FDI, every province or equal administrative unit of the PRC and even every municipality have its own legal acts on regulation of foreign direct investments. These legal acts provide conditions (industry; orientation on export; location; term of activity of the enterprise; etc.) of exemptions or reductions of local taxes for foreign-funded enterprises. The article 3 of Qingdao city Provisions on reduction and exemption local income tax for foreign-invested enterprises reads as follows: "export-oriented and the advanced technology foreign-funded enterprises which are set up in the city are exempted from local income tax" [12].

## *III. Bilateral Investment Treaties of the PRC*

Though the Constitution of the PRC does not include provisions about the role of international law and international law is not determined as component part of legal system of China, it is clear that "pacta sunt servanda". Thus international treaties which are signed and ratified by the PRC also regulate the sphere of

FDI. First of all, it is Bilateral Investment Treaties (BITs). China has about 90 BITs by now [13]. They are concluded with developed countries as well as with developing countries too and it is not difficult to assume that main inflow of FDI China attracts from developed ones. All these treaties contain definition of the term “Investments”, conditions of expropriation and compensation, procedure of settlement disputes among parties of the BIT and their nationals. For example, in accordance with the article 5 of the “Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands” signed in 2001, the conditions of expropriation are as the following: “a) the expropriation is done in the public interest and under domestic legal procedures; b) the expropriation is not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party, which takes such measures, may have given; c) the expropriation is done against compensation. Such compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation measures were taken. The fair market value shall not reflect any change in value because the expropriation had become publicly known earlier. It shall include interest at the prevailing commercial rate from the date the expropriation was done until the date of payment and shall, in order to be effective for the affected investors, be paid and made transferable, without delay to the country designated by the investor concerned and in the currency of the country of the affected investor, or in any freely convertible currency accepted by the affected investor” [14]. The same conditions we can find in the article 5 of the Sino-Japanese BIT signed in 1988 [15]. One more crucial moment of BITs is dispute settlement procedure. Point 2 of the article 10 of the Sino-Dutch BIT reads as follows: “an investor may decide to submit a dispute to a competent domestic court. In case a legal dispute concerning an investment in the territory of the People’s Republic of China has been submitted to a competent domestic court, this dispute may be submitted to international dispute settlement, on the condition that the investor concerned has withdrawn its case from the domestic court. If a dispute concerns an investment in the territory of the Kingdom of the Netherlands an investor may choose to submit a dispute to international dispute settlement at any time” [14]. Thus foreign investors have a right to appeal to the International Centre for Settlement of Investment Disputes or an ad hoc arbitral tribunal. In the same time “each Contracting Party admits investments in its territory in accordance with its laws and regulations” [14, 15, art. 2].

### *Conclusion*

Thus today there is a quite wide legislation on FDI in China. It consists of Constitution of the PRC, Laws issued by the National People’s Congress, acts of the State Council, legal acts of Governments of the province and municipal levels. It is typical for the laws of the PRC on FDI that they don’t regulate in details the activities related with establishment, administration and liquidation of foreign-funded enterprises. Different regulations, provisions and measures settle all these questions in accordance with territory and the industry foreign investor is working in. International treaties are not a part of Chinese legislation, but BITs concluded by China with other countries additionally guarantee the investors’ rights. Despite the fact, that foreign investors should try to make out a lot of legal acts it doesn’t detract investment attractiveness of the People’s Republic of China.

### **Reference:**

1. Усов В. Н. История КНР. В 2 т. Т. II. 1966-2004 гг. : учебник / В. Н. Усов. – М. : АСТ: Восток – Запад, 2006. – 718 с.
2. 2011年1-12 月全国吸收外商直接投资情况 [electronic resources]: 国人民共和国商务部 Ministry of Commerce People’s Republic of China. URL:<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/v/201201/20120107940573.html> (date of requirement: 28.04.2012).
3. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА-М), 2002. – 616 с.
4. 中华人民共和国宪法 1982.12.04. [electronic resources]: 法律图书馆 URL: [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=2530](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=2530) (date of requirement: 31.01.2010).
5. Основы права Китайской Народной Республики: курс лекций. – Владивосток: изд-во ВГУЭС, 2010. – 300 с.
6. 中华人民共和国中外合资经营企业法 1979.07.01. №7 (2001.03.15. №48修订) [electronic resources]: 中国法律信息网. URL: <http://law.law-star.com/showtxt?multiSearch=&dbstype=chl/lar/iel/scs/hnt/eag/cas&dbstext=&isopen=1&keywords=&dbn=chl&fn=chl184s024.txt&file=&upd=1> (date of requirement: 21.12.2010).

7. 中华人民共和国外资企业法实施细则 1990.10.28 №301 [electronic resources]:法律图书馆 URL: [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=15261](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=15261) (date of requirement: 24.10.2012).
8. 指导外商投资方向规定 2002.02.11. № 346 [electronic resources]: 法律图书馆. URL: [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=17056](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=17056) (date of requirement: 20.10.2012).
9. 外商投资产业指导目录2011.12.24. № 12 [electronic resources]: 中央政府门户网站. URL: [http://www.gov.cn/flfg/2011-12/29/content\\_2033089.htm](http://www.gov.cn/flfg/2011-12/29/content_2033089.htm) (date of requirement: 24.02.2012).
10. 中西部地区外商投资优势产业目录 (2008年修订) 2008.12.23. №4 [electronic resources]: 中央政府门户网站. URL: [http://www.gov.cn/flfg/2008-12/25/content\\_1187108.htm](http://www.gov.cn/flfg/2008-12/25/content_1187108.htm) (date of requirement: 04.09.2012).
11. Wang Yanyin. Comparison and analysis of foreign investment law between Russia and China / Wang Yanyin // Сравнительное правоведение в странах Азиатско-Тихоокеанского региона-IV: Материалы международной научной конференции молодых ученых, аспирантов и студентов (г. Улан-Удэ, 13 апреля 2012 г.) / науч. ред. Ю. П. Гармаев, отв. ред. А. Ф. Онуфриенко. – Улан-Удэ: Издательство Бурятского госуниверситета, 2012. – С. 159-162
12. 青岛市对外商投资企业减征免征地方所得税的规定 1992.06.02. №21 [electronic resources]: 青岛政务网. URL: <http://www.qingdao.gov.cn/n172/n68422/n32934/n37792/3361.html> (date of requirement: 29.01.2011).
13. ICSID database of Bilateral Investment Treaties [electronic resources]: ICSID. URL: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (date of requirement: 25.10.2012).
14. Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands signed 26.11.2001 [electronic resources]: UNCTAD. URL: [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china\\_netherlands.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_netherlands.pdf) (date of requirement: 25.10.2012).
15. Agreement between Japan and the People's Republic of China concerning encouragement and reciprocal protection of investment signed 27.08.1988 [electronic resources]: UNCTAD. URL: [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china\\_japan.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_japan.pdf) (date of requirement: 25.10.2012).



**А. П. Алексеенко,**

*аспирант кафедры Частного права Владивостокского Государственного Университета Экономики и Сервиса (Россия)*

## ИЗУЧЕНИЕ ПРАВА СТРАН АТР КАК ФАКТОР ИНТЕГРАЦИИ В РЕГИОНЕ

В виду того, что руководство Российской Федерации всё активнее продвигает вектор восточной политики, особое значение приобретает необходимость изучения права стран АТР. Кроме того, сегодня именно АТР является лидером роста мировой экономики. Успех политического, торгово-экономического, культурного взаимодействия между странами во многом предопределяется тем, насколько хорошо разработана правовая база сотрудничества. Чрезвычайно важно то, как глубоко мы понимаем особенности права соседних государств АТР, как оцениваем все различия, а особенно точки соприкосновения между нашими правовыми системами [1, с. 74].

Как указывает заведующий лабораторией сравнительного правоведения АТР Бурятского госуниверситета профессор Ю. П. Гармаев: “сложилось так, что традиционными в России стали сравнительно-правовые исследования систем романно-германской и англо-саксонской правовых семей. Несколько меньше внимания уделено исламскому праву. Активно развиваются исследования в области обычного права народов России. Сравнительно-правовые исследования азиатского права в России ведутся явно не достаточно” [1, с. 74]. С данной точкой зрения нельзя не согласиться. Так, например, существует специальность “12.00.10 – Международное право. Европейское право”, откуда видно, на что, прежде всего, направлены юридические исследования в РФ, если речь идет о международном сотрудничестве.

Из изложенного выше видна односторонность существующих ныне направлений исследований права зарубежных государств, что не может не сказаться на степени и качестве сотрудничества РФ с АТР и, прежде всего, с таким государством как КНР, которое, несомненно, является одним из ведущих игроков региона. Однако, изучение зарубежного права невозможно без соответствующей подготовки: знания языка и культуры соответствующего государства. При этом немалое значение имеет использование сравнительного правоведения. Результаты сравнения могут объяснить, почему обладающее определенными характеристиками правовое явление имеет место в одном государстве и может ли подобное правовое явление быть интегрировано в правовую систему другого государства. Такие результаты могут быть достигнуты только в том случае, если изучение правового явления, имеющего место в одном государстве, будет проводиться с учетом функциональных связей этого явления в рамках правовой культуры государства [2, с. 222].

Для того чтобы понять смысл иностранного закона, как уже отмечалось, необходимо понять культуру, в рамках которой зародилось и развивалось данное конкретное право, ход мысли того, кто этот закон разрабатывал, равно как необходимо знание того, для какой среды разрабатывался правовой акт. Однако, это требует больших усилий от исследователя, ведь подходить к изучению той или иной традиции права, правовед уже всегда имеет некоторое её “предварительное” понимание, заданное ему той традицией и той историей права, к которой он сам принадлежит. В этом смысле беспредпосылочного правового мышления и универсального правопонимания не существует, что доказывает несостоятельность полемики вокруг “истинного” правопонимания, годного для всех времен, народов и культур [3, с. 164].

Особенности применения права, понимания того, что закреплено в законе напрямую зависит от того, каким менталитетом обладает интерпретатор, от национальной культуры и профессиональных особенностей. Как отмечает А. И. Овчинников, являясь представителем определённой социокультурной общности, носителем этнокультуры, судья, неосознанно внося правотворческий момент в процесс правоприменения, реализует те представления о справедливости, которые доминируют на данном этапе развития общественной жизни. Участвуя в дискурсе, порожденном участниками дела, “вживаясь” в рассматриваемое дело, судья осуществляет акт подведения нормы через свой “предрассудок” [3, с. 165]. То же самое можно и сказать о юристе, который исследует иностранное право для эффективного представления интересов своего нанимателя.

Таким образом, юрист при работе с зарубежными источниками права обязан учитывать различия в ментальности, которые могут даже отразиться на том, что один и тот же термин будет нести в себе

различных правовых порядков отнюдь не идентичное значение. В этой связи исследователю-юристу, осуществляющему деятельность по изучению норм иностранного права необходимо провести достаточно большую работу, в основе которой лежит подготовка к диалогу с текстом, с учетом ментальных различий между национальностями, а также социально-культурных особенностей, присущих народам, чье право будет исследоваться. Очевидно, что подготовку таких юристов можно только при сочетании изучения российского права, языка, культуры и права иностранного государства. Такая дополнительная подготовка крайне необходима еще и в виду того, что такие страны региона как КНР, Япония, Республика Корея обладают богатой и древней уникальной культурой.

Знание права стран АТР и его правильное толкование российскими юристами позволит уменьшить недопонимание между сторонами при составлении и заключении контрактов, что будет способствовать более активной экономической интеграции РФ в регионе.

**Список использованных источников:**

1 Гармаев Ю. П. Сравнительное правоведение в странах АТР как перспективное направление теоретических и прикладных исследований / Ю. П. Гармаев // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Збірник наукових праць / За ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, М. Б. Бучка; упор. О. В. Кресін. – К. : Логос, 2010. – С. 73-75.

2 Литвинова С. Ф. Определение правовой культуры как основы для проведения сравнительно-правовых исследований с целью совершенствования законодательства /С. Ф. Литвинова // Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы международной научно-практической конференции (г. Уфа, 21 февраля 2011 г.): в 3 ч., ч. 1 / под общ. ред. А. В. Рагулина, М. С. Шайхуллина; Евразийский научно – исследовательский институт проблем права. – Уфа, 2011. – С. 222-225.

3 Овчинников А. И. Юридическая герменевтика как правопонимание /А. И. Овчинников// Правоведение. – 2004. – №4. – С. 160-169.

**К. С. Белова,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО ИНОСТРАННОЙ ОРГАНИЗАЦИИ КАК ФОРМА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Переход Республики Беларусь к социально ориентированной рыночной экономике обуславливает положительные преобразования в политической и экономической сферах нашего государства. Выгодное географическое положение, промышленно развитая экономика, наличие квалифицированных специалистов, а также сотрудничество Республики Беларусь с другими странами делают ее привлекательной для иностранных инвестиций. Зарубежные компании все чаще проявляют интерес к белорусскому рынку и желают вести бизнес в нашей стране, однако выбор формы деятельности иностранной организации порой достаточно затруднителен, поскольку для этого необходимо учитывать не только возможности и цели деятельности организации, но и соблюдать установленную правовую процедуру их создания и функционирования.

Законодательство Республики Беларусь предусматривает возможность ведения бизнеса иностранной организацией в нашей стране в следующих формах:

- 1) путем создания в Республике Беларусь юридического лица с участием нерезидента;
- 2) путем работы через зависимого агента;
- 3) путем открытия представительства в Республике Беларусь;
- 4) путем проведения на территории Республики Беларусь концертно-зрелищных мероприятий, в том числе концертов, аттракционов, зверинцев, цирковых программ [6, с. 44].

Необходимо отметить, что выбор той или иной формы ведения бизнеса в Беларуси должен осуществляться исходя из конкретных задач и целей, приоритетных направлений деятельности зарубежной компании, поэтому, не зная специфики ее деятельности, невозможно однозначно сказать, какая из форм ведения бизнеса будет оптимальной.

Безусловно, каждая из перечисленных форм имеет свои особенности, достоинства и недостатки. Так, например, работа через зависимого агента, то есть через организацию или физическое лицо, осуществляющих деятельность от имени иностранной организации и (или) в ее интересах и (или) имеющих и использующих полномочия иностранной организации на заключение контрактов или согласование их существенных условий, не всегда удобна и целесообразна для иностранной компании. Несмотря на то, что она требует от нерезидента небольших денежных затрат и меньшего участия в управлении, деятельность агента не всегда можно проконтролировать, поэтому существует угроза возникновения деловых отношений с конкурентами в ущерб интересам организации.

Ведение бизнеса путем создания юридического лица с участием нерезидента в Республике Беларусь предоставляет ему широкие полномочия по осуществлению коммерческой деятельности, а также дает возможность получения целого ряда льгот и преференций, но в то же время такая форма деятельности затруднена ввиду совершения большого количества правовых операций, обязанности проведения ежегодного аудита, а также необходимости формирования уставного фонда до подачи документов в регистрирующий орган. Кроме того, очень часто создание юридического лица в иностранном государстве рассматривается как рискованный шаг, поэтому на практике более целесообразным считается открытие представительства фирмы на территории интересующего государства, которое позволяет изучить его экономические возможности и внутренний рынок.

Представительство как форма деятельности иностранной организации является достаточно распространенным способом начала ведения хозяйственной деятельности, активно применяемым зарубежными компаниями для ведения бизнеса в Республике Беларусь, что обусловлено, прежде всего, относительной простотой юридической процедуры открытия представительства. Нередко иностранные организации открывают представительства на территории Республики Беларусь для предварительного анализа рынка в области определенных товаров, работ, услуг, для того, чтобы в дальнейшем развить это представительство в полноценное юридическое лицо в той или иной организационно-правовой

форме, уже занимая при этом определенное положение на рынке и имея своих постоянных клиентов.

Статус представительства иностранной организации определен ст. 51-1 Гражданского кодекса Республики Беларусь, которая предусматривает, что представительством иностранной организации является ее обособленное подразделение, расположенное на территории Республики Беларусь, осуществляющее защиту и представительство интересов иностранной организации и иные не противоречащие законодательству функции.

Основным нормативным актом, регулирующим вопросы открытия и деятельности представительств иностранных компаний в Республике Беларусь является Положение о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций, утвержденное Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 22 июля 1997 года № 929 (далее – Постановление № 929).

Для правильной характеристики правового положения представительства иностранной организации в Беларуси и объема его правоспособности необходимо исходить из того, что представительство не является юридическим лицом, но может от имени и по поручению представляемой им иностранной организации совершать юридически значимые действия, в том числе заключать сделки, приобретать имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, выступать истцом и ответчиком в судах. Как правило, представительство заключает и исполняет сделки, целью которых является материально-техническое и информационное обеспечение деятельности представительства на территории Республики Беларусь.

Объем правоспособности по ведению деятельности представительства в Беларуси практически не ограничен и устанавливается открывшей его зарубежной компанией, за исключением одного: свою предпринимательскую деятельность на территории Республики Беларусь представительство может вести от имени и по поручению представляемой им зарубежной компании, поскольку оно является структурным подразделением юридического лица и не может рассматриваться как самостоятельная организация. Представительства создаются иностранными компаниями в первую очередь для обеспечения защиты и представительства своих интересов и осуществления иных, не противоречащих законодательству функций [4, с. 70].

Согласно п. 3 Положения № 929, представительства иностранных организаций могут быть открыты как для целей представительства коммерческой организации (например, для изучения возможностей для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь; содействия развитию торгово-экономических связей между странами), так и некоммерческой организации (например, для содействия деятельности в сфере образования, науки, культуры, искусства, просвещения; охраны окружающей среды; предотвращения социальных, этнических и религиозных конфликтов).

При этом не допускается создание представительств иностранных организаций, деятельность которых направлена на свержение либо насильственное изменение конституционного строя, нарушение целостности и безопасности государства, пропаганду войны, насилия, разжигание национальной, религиозной и расовой вражды, а также деятельность которых может причинить ущерб правам и законным интересам граждан.

По общему правилу представительства иностранных организаций в Беларуси создаются для некоммерческих целей, таких как продвижение товаров, презентация продукции и услуг иностранных юридических лиц, проведение маркетинговых исследований, изучение возможностей инвестирования. Чаще всего зарубежные компании открывают представительства в Беларуси с целью оценки емкости рынка и исследования потребительских предпочтений жителей нашей страны.

Представительства в Беларуси часто открываются для найма сотрудников. В таком случае коммерческая деятельность в Беларуси также не ведется, а заинтересованность зарубежной организации связана с возможностью найма более дешевой рабочей силы. Кроме того, иностранная компания имеет полный контроль над деятельностью представительства и согласовывает все его расходы.

Еще одним распространённым примером ведения бизнеса иностранной организацией в данной форме является открытие представительства с целью управления недвижимостью, приобретённой иностранной компанией в Беларуси, а также уплаты необходимых налогов и иных обязательных платежей.

Однако наряду со всеми преимуществами данной формы ведения бизнеса в Республике Беларусь она обладает рядом недостатков, которые не позволяют зарубежной организации реализовывать свои задачи в полной мере. Прежде всего необходимо учитывать, что представительство имеет усеченный правовой статус, поэтому не позволяет осуществлять полноценную коммерческую деятельность нере-

зидента в Беларуси. Оно не является самостоятельным юридическим лицом, а представляет собой обособленное структурное подразделение иностранной организации. Кроме того, затраты на содержание представительства выше, чем при создании юридического лица, так как за каждый год деятельности представительства оплачивается пошлина, по размеру равная государственной пошлине, уплачиваемой при открытии представительства.

Также следует учитывать, что деятельность представительств иностранных организаций находится под более пристальным контролем – каждое представительство нерезидента обязано один раз в полгода сдавать отчет о своей деятельности в Министерство иностранных дел Республики Беларусь.

На основании вышесказанного можно сделать вывод о том, что иностранной организации, выбирая форму ведения бизнеса в Республике Беларусь, необходимо тщательно проанализировать цели, задачи и направления осуществляемой деятельности. Следует учитывать, что большинство видов коммерческой деятельности в Беларуси, в частности торговля, обуславливают необходимость создания юридического лица, однако для осуществления некоммерческой и некоторых видов коммерческой деятельности будет целесообразнее и выгоднее открыть представительство своей организации.

#### **Список использованных источников:**

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 28 октября 1998 г. : одобрен Советом Респ. 19 ноября 1998 г. : текст Кодекса по состоянию на 16 янв. 2012 г. – Минск : Амалфея. – 2012. – 752 с.
2. О порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций : постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 22 июля 1997 г., № 929 : в ред. постановления Совета Министров Респ. Беларусь от 11.07.2012 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Вабишевич С. С. Внешнеэкономическая деятельность в Республике Беларусь: Правовые перспективы. Монография / С. С. Вабишевич. – Минск : Молодежное научное общество. – 2005. – 231 с.
4. Коваленко Е. И. Правовое регулирование создания и деятельности представительств иностранных организаций в Республике Беларусь / Е. И. Коваленко, Т. Н. Гриценко // Юстиция Беларуси. – 2007. – № 1. – С. 69–72.
5. Галич В. В. Как нерезиденту вести бизнес в Беларуси / В. В. Галич, И. С. Латышев // Юридический мир. – 2010. – № 1. – С. 44–49.
6. Латышев И. С. Представительство иностранной организации: порядок открытия и условия деятельности / И. С. Латышев // Юридический мир. – 2010. – № 1. – С. 72–76.



**В. А. Бородавко,**

*Белорусский государственный университет (Беларусь)*

## **ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ПРОТОКОЛА РАЗНОГЛАСИЙ К ХОЗЯЙСТВЕННОМУ ДОГОВОРУ**

Протокол разногласий часто применяется большинством субъектов хозяйствования. Именно с его помощью возможно достигнуть согласия по всем условиям проекта договора при его заключении. Однако практика хозяйственных судов показывает, что на сегодняшний день разрешается множество споров о признании договоров между субъектами хозяйствования незаключенными ввиду отсутствия урегулирования разногласий. В частности, стороны ссылаются на факт отсутствия урегулирования разногласий по проекту договора ввиду не подписания одной из сторона проекта договора с протоколом разногласий.

В связи с этим считается актуальным уяснение правовой природы, значения и действия на практике протокола разногласий при заключении предпринимательского договора, а также регулирования данного вопроса в Республике Беларусь, Российской Федерации и Украине.

Значительную трудность при разрешении споров, связанных с протоколом разногласий, составляет отсутствие детального регулирования данного вопроса в законодательстве. Так, о протоколе разногласий упоминается лишь в некоторых статьях ГК Республики Беларусь (ст. ст. 415, 477, 498, 499), ГК Российской Федерации (ст. ст. 445, 528, 529). Данный факт порождает проблему оформления и принятия сторонами договора.

Как правило, протокол разногласий оформляет сторона, не согласная с отдельными условиями проекта договора, полученного от контрагента. На практике на третьем этапе контрагент, получив проект договора с протоколом разногласий, может принять одно из следующих решений:

- 1) согласиться с условиями протокола разногласий и подписать проект договора – в данной ситуации договор будет считаться заключенным на условиях, изложенных в проекте договора с изменениями и дополнениями, предусмотренными в протоколе разногласий;
- 2) принять меры к урегулированию разногласий;
- 3) передать спор (разногласия) по условиям заключения договора на разрешения хозяйственного или третейского суда<sup>5</sup>;
- 4) приступить к фактическому исполнению договора, не подписывая протокол разногласий.

Определенные сложности вызывает четвертая ситуация, когда сторона, направившая проект договора, не отказывается от предложенных другой стороной в протоколе разногласий изменений и дополнений этого проекта, а приступает к его исполнению, не подписывая протокол разногласий и не уведомляя контрагента о своем согласии с изменениями и дополнениями.

Судебная практика Республики Беларусь стоит на позиции признания договора заключенным, если стороны хотя и не подписав проект договора приступили к фактическому его исполнению (п. 6 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда от 16.12.1999 №16). Однако встает вопрос, на каких условиях данный договор считается заключенным: на условиях проекта договора или протокола разногласий?

В законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации данный вопрос урегулирован следующим образом: согласно ст. 413 ГК Республики Беларусь и ст. 443 ГК РФ ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом, такой ответ признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой. Таким образом, законодательство стоит на позиции безоговорочного акцепта (действует принцип “зеркального отображения” условий оферты при акцепте). Таким образом, акцепт должен выражать согласие заключить договор на изложенных в оферте существенных и иных условиях.

Из вышеизложенного следует, что подписание договора без подписания протокола разногласий не является принятием предложения заключить договор, так как направление протокола разногласий одной стороной контрагенту признается предложением заключить договор на иных условиях.

Однако является ли это целесообразным и экономически выгодным для сторон?

Нередко возникает ситуация, когда стороны не могут договориться по поводу условий, не относящихся к существенным. Лицо, составляющее протокол, нередко готово заключить договор и на условиях проекта (без внесения в него изменений и дополнений), однако допускает, что контрагент может согласиться с изменениями и дополнениями, содержащимися в протоколе.<sup>6</sup>

Иные последствия будут в случае, если стороны согласовали все существенные условия договора, не отрицают возникновения между ними договорных отношений, приступили к исполнению договора<sup>6</sup>. В таком случае, нецелесообразно признавать договор полностью незаключенным.

Это соответствует пункту 1 статьи 402 ГК Республики Беларусь и пункту 1 статьи 432 ГК РФ, согласно которому договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законодательстве как существенные, необходимые или обязательные для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Таким образом, законодательство не предусматривает обязательного согласования всех условий договора (как существенных, так и иных) для признания его заключенным.

Следовательно, при разрешении спора, касающегося заключения договора с протоколом разногласий в случае, если сторона приступила к фактическому его исполнению, необходимо обращать внимание, являются ли спорные условия существенными или нет.

Детальная регламентация порядка заключения договора с протоколом разногласий содержится в ст. 180 ХК Украины. Согласно ч. 8 ст. 180 в случае если стороны не достигли согласия из всех важных условий хозяйственного договора, такой договор считается незаключенной. Следовательно исходя из диспозитивного принципа если достижение согласия касается иных условий договора, не относящихся к важным (в законодательстве Республики Беларусь и РФ – существенным), то договор признается заключенным.

Таким образом, ввиду взаимосвязи между достижением согласия между сторонами и фактом признания договора заключенным, предполагается целесообразным признание договора заключенным в случае, если протокол разногласий не затрагивает существенных условий договора, а сторона приступила к фактическому его исполнению.

#### **Список использованных источников:**

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь, 7 декабря 1998 г. № 218-З: с изменения и дополнениями от 03.07.2011 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2001 г., № 2/744.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации, 30 ноября 1994 № 51-ФЗ.
3. Хозяйственный кодекс Украины, 16.01.2003 № 436–IV.
4. О применении норм Гражданского кодекса Республики Беларусь, регулирующих заключение, изменение и расторжение договоров: постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, 16 декабря 1999 г., № 16: в редакции постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 06.04.2005 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – 6/210.
5. Каменков В. С. Хозяйственный договор / В. С. Каменков. – Мн., 2007. – 157 с.
6. Шевченко Е. Е. Протокол разногласий в судебно-арбитражной практике и теории, его правовое значение / Е. Е. Шевченко. – Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: № 2 (207) – февраль 2010 – С. 28-39.

**Е. Н. Гацук,**

*Брестский государственный университет им. А. С. Пушкина (Беларусь)*

## **ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ СУБЪЕКТОВ ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ**

Деловая репутация имеет весьма важное значение для субъектов хозяйствования, поскольку влияет на результаты их хозяйственной (экономической) деятельности. Положительная деловая репутация имеет следствием возрастание прибыли предприятия, увеличение клиентской базы и, в конечном итоге, возрастание стоимости предприятия. В свою очередь отрицательная деловая репутация влечет негативные последствия для деятельности субъекта хозяйствования и в самых крайних случаях может привести к потере активов и ликвидации предприятия.

Действующее законодательство Республики Беларусь приводит несколько определений термина “деловая репутация”. Так, в п. 1 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 апреля 2005 № 16 “О применении хозяйственными судами законодательства при рассмотрении дел о защите деловой репутации” (далее – Постановление № 16), указано, что “под деловой репутацией в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, защита которой в хозяйственном суде возможна посредством предъявления иска об опровержении не соответствующих действительности сведений, порочащих деловую репутацию, либо посредством обращения с заявлением о признании порочащих деловую репутацию сведений не соответствующими действительности, понимается оценка участника отношений в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности другими участниками этих отношений, умаление (дискредитация) которой может негативно повлиять на осуществление этим участником указанной деятельности” [1].

Схожее определение деловой репутации дается в части второй п. 6 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 1999 г. № 15 “О практике рассмотрения судами дел о защите чести, достоинства и деловой репутации” (далее – Постановление № 15): “деловая репутация юридического лица и индивидуального предпринимателя это оценка их хозяйственной (экономической) деятельности как участников хозяйственных (экономических) правоотношений другими участниками имущественного оборота и гражданами, таковыми не являющимися” [2].

Таким образом, на наш взгляд, можно выделить следующие основные черты деловой репутации в понимании белорусского законодателя.

Во-первых, деловая репутация принадлежит только субъектам хозяйствования. Во-вторых, ее умаление влияет на результаты хозяйственной деятельности субъектов хозяйствования. В экономике для обозначения деловой репутации даже применяется специальный термин “гудвилл” (goodwill). В настоящий момент, положительная деловая репутация рассматривается как потенциальная надбавка к цене, уплачиваемая покупателем в ожидании будущих экономических выгод, а отрицательная (badwill) – как скидка с цены, когда компания продается за цену ниже рыночной стоимости. В-третьих, защита деловой репутации возможна путем обращения с иском в хозяйственный суд. Данную точку зрения поддерживает и законодатель, указывая в ст. 47 ХПК, что хозяйственным судам подведомственны дела о защите деловой репутации независимо от их субъектного состава [3].

Несмотря на вышеуказанные особенности, существующий в действующем законодательстве подход к сущности деловой репутации, на наш взгляд, не совсем последователен. Отметим следующее.

Во-первых, раз законодатель выделяет деловую репутацию в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, следовательно, он подразумевает наличие других видов деловой репутации. Следовательно, на законодательном уровне должны быть определены другие виды деловой репутации и предусмотрены возможности их защиты, что, согласитесь, усложняет данный вид общественных отношений.

Во-вторых, во главу угла ставится именно хозяйственная (экономическая) деятельность субъектов хозяйствования. Это означает, что деловая репутация возникает у субъекта хозяйствования только по-

сле начала осуществления хозяйственной деятельности, что неверно. Очевидно, что распространение негативных сведений об учредителях субъекта хозяйствования, которое только зарегистрировано, будет порочить его деловую репутацию, даже если оно еще не начало осуществлять хозяйственную деятельность [4, с. 45-48].

В-третьих, тот факт, что защита деловой репутации юридического лица возможна лишь в том случае, когда ее ущемление влияет на осуществление предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, значительно ограничивает некоторые юридические лица в возможностях ее защиты. Например, осуществление хозяйственной (предпринимательской) деятельности не является первостепенной задачей общественных объединений, многие из них вообще не занимаются предпринимательской деятельностью, другие занимаются лишь в той мере, в которой это необходимо для осуществления уставных целей и задач. На наш взгляд, данная тенденция противоречит нормам гражданского законодательства Республики Беларусь, в частности, нормам ст. 153 ГК, которая закрепляет право всех юридических лиц независимо от организационно-правовой формы на защиту деловой репутации.

В связи с этим полагаем, что определение деловой репутации требует изменения и дополнения. На наш взгляд, необходимо ввести в правовой оборот единое понятие деловой репутации, и соответственно, п. 1 постановления № 16 и абз. 2 п. 6 постановления № 15 изложить в следующей редакции:

“Под деловой репутацией, защита которой возможна посредством предъявления иска об опровержении не соответствующих действительности сведений, порочащих деловую репутацию, либо посредством обращения с заявлением о признании порочащих деловую репутацию сведений не соответствующими действительности, понимается оценка хозяйственной (экономической) и иной деятельности участников гражданского оборота другими его участниками и гражданами таковыми не являющимися, умаление (дискредитация) которой может негативно повлиять на осуществление этим участником указанной деятельности”.

Данное определение четко определяет, что деловая репутация принадлежит как коммерческим, так и некоммерческим юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям. Формулировка “иная деятельность” может включать в себя деятельность с момента регистрации субъекта хозяйствования до момента фактического осуществления хозяйственной деятельности, деятельность некоммерческих юридических лиц по реализации уставных целей и задач и прочее.

#### **Список использованных источников:**

1. О практике рассмотрения хозяйственными судами дел с участием иностранных лиц : постановление Высшего Хозяйственного Суда Респ. Беларусь, 2 дек. 2005 г., № 31 // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
2. О применении хозяйственными судами законодательства при рассмотрении дел о защите деловой репутации : постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Респ. Беларусь, 26 апр. 2005 г., № 16 // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 11 нояб. 1998 г. ; одобр. Советом Респ. 26 нояб. 1998 г. ; текст Кодекса по состоянию на 10 янв. 2011 г. – Минск : Дикта, 2011 год. – 412 с.
4. Зикрацкий С. В. Особенности рассмотрения споров о защите деловой репутации / С. В. Зикрацкий // Обзор судебной практики. – 2008. – № 7. – С. 45-48.

**Т. С. Кандылёва,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РАЗВИТИЯ РЫНКА АЛКОГОЛЬНОЙ ПРОДУКЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

*Идти в ногу со временем – это значит  
работать над созданием нового,  
а не тратить деньги на обновление устаревшего,  
выходящего из употребления оборудования.  
С. Пакирсон*

Ещё до недавнего времени у нас действовала государственная монополия на производство и оборот алкогольной продукции.

Винная монополия (казённая продажа питей) – исключительное право государства или отдельных лиц (откуп) на производство и сбыт спиртных напитков.

Как показывает история первые три монополии с 1474 по 1716 год, были введены царями для изыскания дополнительных средств для ведения войн и присоединения новых земель. В 1716 году, царь ввел свободу винокурения в России, обложив производителей “винокурной пошлиной”.

Винная монополия распространялась на очистку спирта и торговлю крепкими спиртными напитками. Винокуренные заводы могли принадлежать частным предпринимателям, однако производимый ими спирт покупался казной, проходил очистку на государственных складах и продавался в государственных винных лавках. В 1913 году общая выручка от винной монополии составляла 26 процентов доходов бюджета России.

С началом Первой мировой войны в стране действовал “сухой закон”, где алкоголизм приравнивался к таким серьёзным заболеваниям как туберкулёз, чума, венерические заболевания. Но в дальнейшем сухой закон был отменён

В 1985 году, незадолго до начала антиалкогольной кампании, продажа водки давала треть доходов от торговли продовольствием или одну шестую часть всего товарооборота советской торговли.

В дальнейшем в 90-е годы была восстановлена государственная монополия на производство, хранение и оптовую продажу алкогольной продукции. Но на рынке уже активно действовали независимые производители, контролировать деятельность которых было практически невозможно.

На данном этапе Республика Беларусь основывается на социально-рыночной экономике, то есть высокоэффективной экономике с развитым предпринимательством и рыночной инфраструктурой, оптимальным государственным распределением доходов, которое заинтересовывает предпринимателей в расширении и совершенствовании производства. Она гарантирует эффективную охрану жизни, здоровья, прав и свобод всем гражданам. Модель социально-рыночной экономики исходит из требования, что ни государство, ни частный бизнес не вправе иметь полный контроль над экономикой, а должны служить людям. В этой разновидности рыночной экономике только решения самих потребителей, поставщиков ресурсов и частных фирм определяют структуру распределения ресурсов. Однако при этом экономически более сильные обязаны поддерживать более слабых. Роль государства заключается в развитии чувства взаимной ответственности всех участников на рынке и в корректировке несправедливых тенденций в конкуренции, торговле и распределении доходов. В Республики Беларусь на сегодняшний день существует множество юридических лиц как государственной, так и не государственной формы собственности (частные и республиканские унитарные предприятия, полные и командитные товарищества, акционерные общества, потребительские кооперативы и другие), которые достойно занимают положение активных участников рынка отечественной продукции.

Юридические лица, занимающиеся деятельностью, связанной с производством, хранением, реализацией алкогольной продукции, основывают её на таком государственно-правовом методе как лицензирование. Лицензия (лат. licentia – свобода, правомочие, власть) представляет собой “специальное



разрешение на осуществление вида деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий, выданное лицензирующим органом соискателю лицензии или лицензиату” [1, с. 428].

При помощи лицензии регулируется импорт алкогольной продукции, что помогает предотвратить значительное количество некачественной “черной” продукции. Законодательными актами ужесточены требования к организациям, претендующим на получение права реализации исключительного права государства на импорт алкогольной продукции. Лицензия одновременно помогает бороться с присвоением себе доменных имен, которые не указываются в лицензии. Это очень часто встречается, если торговля осуществляется через Интернет-магазин. При подобных действиях лицензия аннулируется органом её выдавшим. Поэтому при передаче деятельности в “частные руки”, связанной с оборотом алкогольной продукции постепенно необходимо изменять правила по её регулированию со стороны государства, в частности такого метода как лицензирование. Сейчас контроль за качеством алкогольной продукции обуславливается в виде применения инструментария акцизной политики. Акцизные марки реализуются юридическим лицам, имеющим лицензии на импорт алкогольных напитков и реализующим исключительное право государства на осуществление импорта алкогольной продукции, заключившим внешнеторговые договоры (контракты) на импорт алкогольных напитков.

Как бы мы не говорили об искоренении государственной монополии либо применения каких-то других методов, всё равно существует значительное государственное “вмешательство” в данную сферу. Полностью уйти от государственной монополии не имеет смысла, но тем не менее внедряя какие-то новые правила, где-то даже более жёсткие, совершенствуется способ лицензирования, который может также стать своеобразным инструментом как в социальной так и экономической политике. Ведь там, где есть монополия не всегда есть качество, а где есть конкуренция, то каждый хотя бы стремится к улучшению качества своей продукции, к уменьшению её стоимости, модернизации оборудования и всего процесса производства. Модель социально-рыночной экономики исходит из требования, что ни государство, ни частный бизнес не вправе иметь полный контроль над экономикой, а должны служить людям.

Как в своё время говорил Аддисон: “Нет более верного признака общего упадка нравственности в стране, чем отсутствие стремления у её жителей приносить пользу своему отечеству” [3].

#### **Список использованных источников:**

1. Вабищевич С. С. Правовое регулирование хозяйственной деятельности : учеб. пособие / С. С. Вабищевич, И. А. Маньковский. – Минск : Выш. шк., 2008. – 624 с.
2. Глинская Я. Лицензирование по-новому / Я. Глинская // Юрист. – 2010. – № 10. С. 18-20.
3. Национальный Интернет-портал Республики Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. Центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012. – Режим доступа : <http://ekomik.ru>. – Дата доступа : 17.10.2012.
4. О государственном регулировании производства и оборота алкогольной, непивной спиртосодержащей продукции и непивного этилового спирта : Закон Респ. Беларусь, 27.08.2008 г., № 429 – 3 : в ред. Закона Респ. Беларусь от 04.01.2010 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
5. О лицензировании отдельных видов деятельности : Указ Президента Респ. Беларусь, 01.09.2010 г. № 450 : в ред. Указа Президента Респ. Беларусь от 21.06.2012 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО “ЮрСпектр”, Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
6. Панкратов Ф. Г. Коммерческая деятельность : Учебник. 8-е изд., перераб. И доп. / Ф. Г. Панкратов. – М. : Издательско-торговая корпорация “Дашков и К”. 2005. – 504 с.
7. Шаркова О. Э. Алкогольная продукция : свобода и регулирование / О. Э. Шаркова // Экономика. Финансы. Управление. – 2011. – № 5. С. 72-78.

**А. Ю. Рыжанков,**

*Могилевский государственный университет им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

**Н. В. Пантелеева,**

*кандидат юридических наук, доцент Могилевского государственного университета им. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## СООТНОШЕНИЕ КОММЕРЦИИ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

В чем отличие предпринимательства от коммерции? Чем является коммерческая деятельность по отношению к предпринимательству: стадией предпринимательской деятельности, ее особым видом, или отдельным независимым процессом? Все эти вопросы представляют немалый интерес в правовой практике, ведь точное понимание связи предпринимательской и коммерческой деятельности необходимо для их правильного правового регулирования. От соотношения данных видов деятельности зависит возможность применять к коммерческой деятельности нормы регулирующие предпринимательство.

Законодатель, согласно ч. 1 п. 1 ст. 1 ГК, Республики Беларусь, определяет предпринимательскую деятельность, как самостоятельную деятельность юридических и физических лиц, осуществляемую ими в гражданском обороте от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность и направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг, если эти работы или услуги предназначаются для реализации другим лицам и не используются для собственного потребления [1, с. 3].

Однако в законодательстве не введено такого понятия как коммерческая деятельности, что вынуждает нас с целью понимания правовой сущности коммерции, обратиться к трудам правоведом.

Беляевский И. К. определяет коммерцию, как деятельность юридических и физических лиц, осуществляющих куплю-продажу товаров, а также их хранение с целью удовлетворения покупательского спроса и получение в результате этого прибыли. Автор дает пояснение о том, что коммерческой деятельностью является предпринимательство, ориентированное на извлечение прибыли [3, с. 21].

В этом пояснение есть некоторые ошибочное суждение. Белорусский и российский законодатель указывает направленность на извлечения прибыли как характерную черту предпринимательства, свойственную любой предпринимательской деятельности. Ведь исходя из этого определения коммерция и предпринимательство будут полностью совпадать, то есть любая предпринимательская деятельность будет коммерцией, что является ошибочным, ведь пользование имуществом, с целью извлечение прибыли, не может быть коммерческой деятельности в соответствии с определением того же автора.

Алексеев С. В понимает под коммерческой, или иначе торговой, деятельностью совокупность действий по продвижению товаров от изготовителей к потребителям. Она понимает коммерческая деятельность как разновидностью экономической хозяйственной предпринимательской деятельности.

В своем определении коммерции Алексеев С. В сближает коммерцию с хозяйственной деятельностью, путем введение понятие потребитель и изготовитель, что указывает на направленность коммерции на удовлетворение интересов населения. По ее представлению, экономическую деятельность можно определить как воспроизводственную деятельность, объединяющую такие стадии, как производство, распределение, обмен, потребление. Хозяйственная деятельность, будучи видом экономической деятельности, определяется, как порядок ее организации, руководства и непосредственного осуществления. В свою очередь, предпринимательская деятельность представляет собой разновидность экономической хозяйственной деятельности, обладая таким родовым признаком, как направленность на получение прибыли. А коммерческая деятельность – это вид предпринимательской деятельности, заключающей в продаже вещей с целью извлечение прибыли. С этим определением нельзя не согласиться, однако необходимо дополнить, что не обязательно быть изготовителем вещи, чтобы ее продажа считалась коммерческой деятельностью [2, с. 43-44].

Белых В. С. указывает на то, что предпринимательская деятельность – это процесс по производству и реализации продукции, с целью извлечения прибыли. В этом процесс он выделяет производственную стадию, связанную с созданием продукции, и торговую (коммерческую) стадию, связанную с продажей произведенного товара. К минусам данного взгляда можно отнести приравнивание коммерческой деятельности к заключительному этапу предпринимательской и игнорирование иных способов организации предпринимательской деятельности. В коммерческой деятельности может отсутствовать этап производства продукции лицом, которое осуществило его продажу [4, с. 16].

Исходя из вышеуказанного, можно сделать вывод о тождестве понятия коммерции и торговли, как о деятельности направленной на извлечение прибыли путем купли – продаже товара. Коммерческая деятельность является одним из способов осуществления предпринимательской деятельности, и, соответственно, при регулировании коммерческой деятельности с полным правом можно использовать нормы направленные на регулирование предпринимательства.

#### **Список использованных источников:**

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г. : одобр. Советом Респ. 19 ноября 1998 г. : текст Кодекса по состоянию на 20 июня 2008 г // Национальный Интернет-портал Республики Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2008. – Режим доступа : <http://www.pravo.by>. – Дата доступа : 29.11.2008.
2. Коммерческая деятельность : учебно-методический комплекс / С. В. Алексеев. – М. : Изд. центр ЕАОИ, 2008. – 344 с.
3. Правовое регулирование предпринимательской деятельности: учеб. Пособие / Белявский И. К. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2004. – 503 с.
4. Предпринимательское право России: учеб. / В. С. Белых, Г. Э. Берсункаев, С. И. Виниченко; отв. ред. В. С. Белых. – М. : Проспект, 2009. – 656 с.
5. О соотношении понятий “коммерция” и “предпринимательство” и особенностях предпринимательства в сфере строительства / Иванов А. В. // Юрист. -2001. – № 5. – Библиогр. – С. 33.

**А. О. Філіп'єв,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету "Острозька академія"*

## **ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЄС НА ПРИКЛАДІ І БРЮСЕЛЬСЬКОГО РЕГЛАМЕНТУ**

Створення Європейського Союзу (далі – ЄС) нерозривно пов'язане із “чотирма свободами” (вільного руху товарів, капіталів, людей та свободи створення юридичних осіб), без яких немислимий єдиний європейський ринок – основа інтеграції держав-учасниць. В той же час реальне забезпечення цих свобод неможливе без ефективного їх закріплення на рівні норм права різних галузей. Саме тому від початку європейської інтеграції (створення спільного ринку у 1957 р.) особливе значення надавалось формуванню правової системи, яка б відповідала цій меті. Важлива роль в цьому процесі належить міжнародному приватному праву (далі – МПРП) і зокрема тій частині його норм, яка регулює процесуальні відносини, адже без уніфікації механізмів, закріплених такими нормами, функціонування спільного ринку видається просто неможливим [1].

Гармонізація процесуальних норм завжди була досить складним завданням, внаслідок того, що здійснення правосуддя, в тому числі у цивільних справах, є важливим елементом державного суверенітету. Незважаючи на це, ЄС вдалося досягнути серйозних успіхів на шляху створення спільного міжнародного цивільного процесуального права. Саме тому вивчення джерел міжнародного цивільного процесу ЄС є вкрай актуальним. При цьому в межах цієї статті ми аналізуватимемо вирішення двох класичних проблем МПРП: визначення юрисдикції суду, який має розглядати справу; визнання та виконання рішень іноземних судів [2, с. 3]. Слід також відзначити, що предмет правового регулювання норм сучасного міжнародного цивільного процесу є ширшим, проте названі проблеми залишаються свого роду наріжним каменем.

Слід також відзначити, що джерела міжнародного цивільного процесу ЄС залишаються малодослідженими у вітчизняній науковій літературі, хоча джерела права ЄС загалом вже стали об'єктом наукових пошуків вітчизняних авторів. Разом із тим міжнародний цивільний процес ЄС включає досить широке коло джерел, до яких окрім міжнародних договорів (конвенцій), належать також акти, ухвалені органами ЄС, наприклад: Регламент Ради ЄС № 1346/2000 від 29 травня 2000 р. про процедури неплатоспроможності [3]; Регламент Європейського Парламенту та Ради ЄС № 805/2004 від 21 квітня 2004 р. про створення Європейського виконавчого листа щодо безспірних вимог [4]; Регламент Ради ЄС № 1348/2000 від 29 травня 2000 р. про вручення в державах-членах ЄС судових та позасудових документів у цивільних та комерційних справах [5] тощо. Однак, як вказувалось вище, в межах цієї статті ми зосередимось лише на проблемах визначення юрисдикції суду та визнання/виконання іноземних судових рішень. Безпосереднім предметом нашого дослідження стане Регламент Ради ЄС № 44/2001 про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень в цивільних та комерційних справах від 16 січня 2001 р. [6, р. 453-456], який отримав загальноновизнану назву I Брюссельський Регламент (в подальшому саме її буде використовувати автор у тексті статті).

Необхідно вказати, що цей Регламент (як і інші Регламенти ЄС, які регулюють подібні процесуальні відносини, зокрема Регламент Ради ЄС № 2201/2003 від 27 листопада 2003 р. про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень в шлюбних справах, а також справах про відповідальність батьків, який скасовує Регламент Ради ЄС № 1347/2000 [6, р. 467-481] та Регламент Ради ЄС № 4/2009 від 18 грудня 2008 р. про юрисдикцію, право, що підлягає застосуванню та визнання і виконання судових рішень, а також співпрацю у справах пов'язаних із аліментними зобов'язаннями [7]) відрізняються від інших міжнародно-правових актів, наприклад, Гаазьких конвенцій з питань цивільного процесу 1904, 1954, 1965, 1970 років, які також є джерелами міжнародного цивільного процесу ЄС. І це стосується не лише особливого порядку їх прийняття, а й тих цілей, які досягаються за їх допомогою. Так, Гаазькі конвенції лише регулюють та спрощують правову співпрацю держав у сфері цивільного процесу і при цьому гарантують суверенітет держав-учасниць у сфері цивільного судочинства, натомість згадані

регламенти створюють цивільні процесуальні норми відокремлені від норм національного цивільного процесу держав-учасниць – міжнародний цивільний процес ЄС [1].

Природно, шлях до створення міжнародного цивільного процесу ЄС не був коротким та простим (більш того, навряд чи можна стверджувати, що і сьогодні він завершився). Важливою віхою на цьому шляху став Амстердамський договір [8] (зокрема, ст. 61, 65), адже саме його нормами було передбачено можливість виникнення МПрП ЄС, а відтак міжнародного цивільного процесу ЄС. Недарма європейські дослідники вказують, що Амстердамський договір дуже сильно змінив середовище МПрП усієї Європи [9]. В подальшому ці зміни були підтримані Лісабонським договором [7].

Потрібно вказати, що механізм формування міжнародного цивільного процесу ЄС запропонований ст. 65 Амстердамського договору не був підтриманий беззастережно усіма державами-членами. Так, Данія не бере участі у цьому процесі, що, призводить до непоширення на неї дії значної частини джерел міжнародного цивільного процесу ЄС. Крім того в будь-який момент від участі також можуть відмовитись Великобританія та Ірландія (хоча до цього часу вони активно це право не використовували). Слід зауважити, що, як слушно вказує Мір'ям Фрюденталь (Mirjam Freudenthal), участь Великобританії та Ірландії є надзвичайно важливою не лише із політичної точки зору, а й з – правової, адже ці держави належать до системи загального права, яка істотно відрізняється від континентальної правової системи, що діє на території решти держав Європи, а тому їх участь особливим чином впливає на дієвість створених механізмів [1].

Таким чином, джерела міжнародного цивільного процесу ЄС входять до загальної системи права ЄС, яка включає власні специфічні джерела. Необхідно погодитись із тими дослідниками, які стверджують, що класифікація джерел європейського права може здійснюватись за цілим рядом різноманітних критеріїв, що призводить до можливості пропонувати власну класифікацію практично кожним дослідником [11]. Разом із тим існує більш-менш загальноприйнятий підхід, який не заперечується практично всіма науковцями.

Відповідно до нього всі джерела права ЄС поділяються на первинні та вторинні. До перших належать договори, на підставі яких діє ЄС, конституційні або основні акти ЄС та загальні принципи права. Особливістю цієї групи джерел є те, що вони походять безпосередньо від держав-членів (по суті, є міжнародними договорами) та мають найвищу юридичну силу, щодо всіх інших джерел права ЄС, а тому є основною для вторинних джерел. Крім того Суд Справедливості ЄС (надалі – ССЄС) не може здійснювати контроль за їх змістом, проте має право тлумачити їх. Вторинні джерела права Союзу виникають на основі первинних, внаслідок чого мають похідний характер, та повинні їм відповідати. Крім того вторинні джерела створюються органами ЄС в межах компетенції, яка визначена для них державами-учасницями в первинних джерелах, а тому коло правовідносин, що можуть бути врегульовані вторинними джерелами є наперед визначеним. В той же час, не можна не погодитись із думкою про те, що саме вторинне право ЄС, яке створено інституціями ЄС, є найбільш важливим [12], принаймні з прикладної точки зору. Слід відзначити, що основне місце серед вторинних джерел займають регламенти<sup>1</sup> (приймаються, зокрема, Європарламентом та Радою Європейського Союзу). Регламенти характеризуються тим, що мають цілісний характер (регулюють визначену сферу суспільних відносин в усіх державах-членах), підлягають безпосередньому застосуванню в державах-членах, як такі, що містять норми права, що замінюють національне право держав-учасниць, а тому не потребують імплементації у законодавство держав-учасниць. Основні джерела міжнародного цивільного процесу ЄС за своєю правовою природою є саме регламентами Ради Європейського Союзу. В той же час потрібно зауважити, що регламенти не є єдиним вторинним джерелом, оскільки крім них також існують інші види вторинних джерел: директиви (не є загальнообов'язковими, оскільки адресовані конкретній державі), “зелені книги” (англійською – *green papers*, публікуються Комісією ЄС з метою висловити власне бачення окремих проблем та отримати зворотну реакцію від зацікавлених груп), а також практика (рішення) (англійською – *case law*) ССЄС (або як він називався раніше – Європейського Суду Справедливості, далі – ЄСС). Слід також звернути увагу на те, що така практика посідає особливе місце в системі джерел права ЄС, оскільки саме цей Суд здійснює обов'язкове тлумачення вторинних правових норм ЄС. При цьому, як вказується у його рішенні від 10 травня 2001 р. у справі № C-144/99 Європейська Комісія проти Королівства Нідерланди таке тлумачення здійснюється, у дусі права ЄС, а

<sup>1</sup> Англomовний термін, який перекладається нами як “регламент”, regulation може також бути перекладений як “положення”, “директива”, “статут”.



не національного законодавства [13]. Таким чином I Брюсельський регламент належить до числа вторинних джерел європейського права, а тому може бути об'єктом тлумачення ССЄС/ЄСС.

I Брюсельський Регламент прийшов на зміну Брюсельській конвенції 1968 р. про юрисдикцію та виконання рішень у цивільних та комерційних справах [14]. Вказана Конвенція була надзвичайно вдалим нормативно-правовим актом з точки зору практики його застосування, а тому Регламент, який її змінив, майже ідентичний їй за змістом; крім того протягом майже 30 років її застосування було створено значний масив прецедентного права ЄСС, яке діє і щодо I Брюсельського Регламенту [15, р. 32-33].

Отже, I Брюсельський Регламент має досить широку сферу застосування. Так, у п. 7 Преамбули цього Регламенту вказується, що він охоплює всі основні цивільні та комерційні питання за виключенням тих, які чітко визначені. Цей припис преамбули рефреном відображається в нормах самого Регламенту, зокрема у ч. 1 ст. 1. При цьому вказана норма особливим чином наголошує на тому, що застосування положень Регламенту не залежить від природи суду або трибуналу. Напевно, для того аби особливим чином підкреслити той факт, що положення I Брюсельського Регламенту діють щодо цивільних та комерційних правовідносин ця ж норма Регламенту передбачає, що він не застосовується до таких груп правовідносин: 1) щодо державних доходів (включаючи податки); 2) щодо митних зборів; 3) адміністративних правовідносин. Проте не зважаючи на це, тлумачення категорії “цивільні та комерційні питання” на практиці може викликати серйозні труднощі, особливо враховуючи те, що правові системи 27 держав-учасниць ЄС можуть по різному визначати природу цивільних та комерційних правовідносин. В силу цього ЄСС/СЄС неодноразово надавав тлумачення вказаної норми (в тому числі і тоді, коли вона містилась у Брюсельській конвенції). Як приклад такого тлумачення можна навести справу ТІАРД СА проти Королівства Нідерланди (*TIARD SA v Staat der Nederlanden*), рішення у якій було винесено ЄСС у травні 2003 р [16]. У названому рішенні ЄСС чітко узагальнив основні принципи тлумачення ч. 1 ст. 1 I Брюсельського Регламенту:

1) згадані у нормі поняття мають тлумачитись автономно при цьому в першу чергу мають враховуватись норми самого Регламенту, а вже потім загальні принципи відповідної правової системи конкретної держави (див., параграфи 16 та 20 згаданого рішення);

2) при тлумаченні суди повинні враховувати, що визначені у ч. 1 ст. 1 питання, до яких не застосовується Регламент, є прикладами, які втім не звужують зміст поняття “цивільні та комерційні питання” (див., параграф 38 згаданого рішення).

Оскільки переважна більшість проблем із застосуванням Регламенту виникає у спорах про правовідносини між приватними суб'єктами та публічними інституціями (органами влади), Суд також вказав, якими критеріями слід керуватись при тлумаченні правовідносин таких суб'єктів. Зокрема, аналізуючи власну практику Суд зазначає, що основою для тлумачення має бути ідентифікація правових відносин сторін, а також норм, які регулюють ці правовідносини, в конкретній справі (див., параграф 23 згаданого рішення). Суд також вказує, що цивільні/комерційні правовідносини не виникають там, де орган влади реалізує свої владні повноваження (див., параграфи 20 та 21 згаданого рішення).

Разом із тим ч. 1 ст. 1 I Брюсельського Регламенту визначає і певний перелік виключень – питань, які за своїм характером хоча і є цивільними або комерційними, проте не підпадають під дію Регламенту. До них належать: 1) питання арбітражу; 2) питання соціального захисту; 3) питання, що виникають із банкрутства, примусової ліквідації, неплатоспроможності, судового перетворення або укладення мирової угоди в процесі банкрутства та інших подібних процедур щодо юридичної особи; 4) питання правосуб'єктності (право– та дієздатності) фізичної особи; 5) питання щодо права власності, яке виникає із шлюбних правовідносин; 6) питання, що виникають із спадкових правовідносин (включаючи заповіти). Як бачимо перелік виключень є доволі широким. Крім того застосування цих положень на практиці також може викликати складнощі, адже так само як і визначення того, які справи є цивільними та комерційними, потребує тлумачення понять, зміст яких відрізняється в різних правових системах. Однак за роки дії як самого I Брюсельського Регламенту, так і його попередниці Брюсельської конвенції, створено масив судової практики, що дозволяє вирішувати проблеми такого роду.

Отже, як бачимо формальні межі дії I Брюсельського Регламенту, встановлені першою та другою частинами ст. 1 є доволі широкими. Так само широкою є й “географія” застосування цього Регламенту: він застосовується в усіх державах ЄС, не зважаючи навіть на те, що як впливає із змісту п. 21 Преамбули та ч. 3 ст. 1, Данія не є його учасницею. Проте ЄС та Королівством Данія було укладено спеціальну угоду щодо дії I Брюсельського Регламенту на території Данії [17].

Часові межі дії I Брюсельського Регламенту пов'язані із його вступом в силу. Відповідно до ч. 1 ст. 76 він вступає в силу починаючи з 1 березня 2002 р. Регламент визначає, що його норми застосовуються до судових процесів, що були розпочаті після цієї дати, а також до документів, які були видані після неї (ч. 1 ст. 66). Правила визначення того, чи були процес розпочато, а документ підготовлено, встановлені ч. 2 ст. 66. Крім того глава VII присвячена взаємодії Регламенту із іншими правовими інструментами, такими як згадана Брюсельська конвенція, що також значною мірою визначає часові межі його застосування.

Отже, I Брюсельський Регламент включає норми двох великих правових інститутів: визначення підсудності справи з іноземним елементом (судової юрисдикції) та визнання та виконання рішень іноземних судів. Кожному із цих інститутів присвячено відповідну главу Регламенту, так глава II стосується підсудності (в Регламенті, як і решті європейських правових джерел, вживається поняття юрисдикція), а глава III – визнання та виконання (окрема глава IV присвячена мировим угодам та офіційним документам, на підставі яких можливе примусове виконання). Крім того глава V є свого роду доповнення до глави II, оскільки фіксує загальні поняття, без яких неможливе застосування норм глави II, в першу чергу – це правила визначення місця проживання особи та особливості їх застосування до окремих держав ЄС.

Питання визначення юрисдикції відповідно до I Брюсельського Регламенту побудовано на основі декількох фундаментальних принципів. Як вказують європейські дослідники цей Регламент створює “систему суворих та ієрархічних підстав визначення юрисдикції, керовану принципами правової визначеності та передбачуваності, а також взаємної довіри” [9].

Так, у вказаному Регламенті знайшов відображення сформульований ще давніми римлянами принцип *actor sequitur forum rei*, і саме він покладений в основу визначення підсудності справи, яка має міжнародний характер. Внаслідок цього відповідно до ч. 1 ст. 2 та ч. 1 ст. 3 I Брюсельського Регламенту підсудність справи суду визначається на основі місця проживання відповідача: тобто позов може бути поданий лише до суду за місцем проживання відповідача, а виключення з цього правила визначаються лише відповідними положеннями Регламенту.

Такі виключення передбачені розділами 2 – 7 глави II зазначеного Регламенту, та стосуються:

1) спеціальної (альтернативної) юрисдикції (розділ 2 глави II, напр., у справах щодо договірних зобов'язань позов може бути подано за місцем виконання спірного зобов'язання);

2) виключної юрисдикції (розділ 6 глави II, напр., у справах щодо майнових прав на нерухомість позов може бути поданий лише за місцем знаходження нерухомого майна);

3) юрисдикції у справах за участю “слабшої сторони” (*weaker party disputes* – за термінологією Регламенту) такої як застрахована особа, споживач або найманий працівник (розділи 3, 5, 6 глави II, напр., у справах, що виникають із трудових правовідносин працівник може подати позов також у суд за місцем виконання ним трудових обов'язків);

4) юрисдикція на основі вибору сторін (розділ 7 глави II, напр., сторони спору можуть укласти письмовий договір про вибір суду, відповідно до якого надати суду повноваження на розгляд справи, або відповідач може з'явитись до суду, чим підтвердити юрисдикцію суду за принципом мовчазної згоди (*tacit prorogation*)).

Як вказувалось вище, запропонована I Брюсельським Регламентом система визначення юрисдикції суду є ієрархічною. Це означає, що, по-перше, якщо суд наділений виключною юрисдикцією, то жоден інший суд вже не може розглядати справу. По-друге, якщо відповідач висловив мовчазну згоду на розгляд справи у суді, до якого звернувся позивач, то жоден інший суд також вже не може розглядати справу. По-третє, у справах із, так званою, “слабкою стороною” підсудність визначається виключно на підставі спеціальних норм Регламенту, які можуть бути змінені угодою сторін лише за певних умов (див. ст. ст. 13, 17, 21). По-четверте, в інших випадках здійснення сторонами вибору суду шляхом укладення відповідного договору наділяє обраний суд виключною компетенцією на розгляд справи. По-п'яте, у разі наявності у відповідача права здійснити вибір суду на основі спеціальної (альтернативної) юрисдикції, він на власний розсуд обирає суд, який розглядатиме справу. В решті випадків юрисдикція належить суду за місцем знаходження відповідача.

Разом із тим наявність стількох підстав для визначення компетентного суду може призвести до ситуації, коли справа між одними сторонами щодо одного і того ж предмету може потрапити на розгляд в різні суду. З метою вирішення подібних проблем I Брюсельський Регламент включає розділу 9 глави

II, яка присвячена позовам, які знаходяться на розгляді (*lis pendens*), а також пов'язаним судовим провадженням (*related action*).

Загальний принцип вирішення проблеми *lis pendens* запропонований ст. 27 Регламенту, яка передбачає, що суд, який другим прийняв справу до свого провадження, повинен зупинити її розгляд до того часу, поки суд, який відкрив провадження першим, не визначиться щодо наявності у нього юрисдикції. В тому разі якщо суд, який першим відкрив провадження, підтвердив свою юрисдикцію на розгляд справи, інші суди зобов'язані відмовитись від власної юрисдикції на користь такого суду (*forum non conveniens*).

Що стосується пов'язаних проваджень, то відповідно до ч. 3 ст. 28 такими визнаються провадження, які перебувають одне з одним в такому тісному зв'язку, що їх окремий розгляд може призвести до винесення несумісних судових рішень. В разі відкриття таких проваджень різними судами всі суди, окрім першого, мають право зупинити провадження. Крім того за заявою сторони такі суди можуть відмовитись від власної юрисдикції на користь суду, який першим відкрив провадження у справі, за умови, що процесуальне право іншої держави допускає об'єднання позовів, а також суд, який першим відкрив провадження, володіє юрисдикцією щодо обох позовів.

Предмет правового регулювання I Брюсельського Регламенту охоплює процедури визнання та виконання іноземних судових рішень (глава 3). Слід відзначити, що відповідно до норм вказаного Регламенту як визнання (ст. 33), так і примусове виконання судових рішень (ст. 38), винесених в судах держав-учасниць ЄС повинно бути можливим в усіх інших державах-учасниках ЄС без додаткових умов. При цьому цей Регламент проголошує неможливість за жодних обставин зміни змісту іноземного судового рішення у випадку його визнання (ст. 36). У випадку примусового виконання іноземного судового рішення суд першої інстанції, до якого надійшла заява про примусове виконання такого рішення, повинен негайно видати дозвіл на таке примусове виконання. При цьому він не здійснює перегляд рішення і не може встановлювати наявності обставин для відмови у його виконання, які передбачені ст. ст. 34, 35 цього ж Регламенту. Більш того сторона, щодо якої здійснюватиметься виконання, не має права на цій стадії робити будь-які заяви (ст. 41). Перегляд наданого судом дозволу на виконання іноземного рішення можливий за заявою будь-якої із сторін в суді апеляційної інстанції. При цьому такий суд наділений повноваженнями щодо оцінки рішення іноземного суду на предмет неможливості його виконання в силу приписів ст. ст. 34, 35 I Брюсельського регламенту. Така процедура хоча і надає можливість забезпечити більш-менш ефективне функціонування спільного простору судових рішень при цьому не втручаючись надмірно у досить делікатну сферу національного суверенітету, все ж призводить до того, що процес визнання та виконання потребує значних фінансових затрат, а також є тривалим в часі [18].

Як бачимо, I Брюсельський Регламент є досить ефективним інструментом міжнародного цивільного процесу ЄС. Разом із тим сьогодні висловлюється цілий ряд пропозицій щодо вдосконалення положень цього Регламенту спрямованих в першу чергу на спрощення процедури виконання іноземних судових рішень, реформування правил укладення пророгаційних договорів, підпорядкування нормам Регламенту спорів, в яких відповідач має постійне місце проживання за межами ЄС тощо [15, р. 78-79; 18]. Внаслідок цього можна очікувати, що в недалекому майбутньому цей Регламент зазнає істотних змін, спрямованих на подальшу інтеграцію судових систем держав-учасниць ЄС.

Отже, підсумовуючи необхідно відзначити, що ЄС зроблені важливі кроки на шляху уніфікації джерел міжнародного цивільного процесу та створення міжнародного цивільного процесу ЄС. Можна стверджувати, що ЄС створені дієві правові механізми, які дозволяють досягнути головної мети існування міжнародного цивільного процесу: запобігти ситуації, коли суди двох держав, яким справа підсудна на основі їх власних правових норм, винесуть в одній і тій самій справі протилежні рішення [19]. Більш того розпочато процес кодифікації міжнародного цивільного процесу ЄС [20, с. 5], однак незважаючи на це процес уніфікації і досі є фрагментарним. Це зумовлено одразу кількома факторами, серед яких – обмежені законодавчі повноваження органів ЄС та застосування принципів субсидіарності та пропорційності, на яких засноване законотворення ЄС [9].

В той же час фрагментарність уніфікації не є однозначно негативним явищем, оскільки має й позитивні наслідки. Серед них слід назвати, по-перше, можливість здійснення уніфікації лише в тих сферах, які на думку держав-членів, потребують цього найбільше, а це, в свою чергу, призводить до того, що європейська система міжнародного цивільного процесу (як і МПРП загалом) розвивається поступо-

во, без надмірного поспіху. По-друге, така поетапна, фрагментарна європеїзація дозволяє зближувати правові системи там, де в цьому є гостра необхідність для функціонування єдиного ринку, однак розвивати власні національні правові системи там, де такої гострої необхідності немає, а в подальшому через порівняння віднайти найбільш оптимальну стратегію спільного нормотворення.

В той же час існують і недоліки. По-перше, це надмірна залежність європейського законодавства, в тому числі і в царині міжнародного цивільного процесу, від політичних процесів, які відбуваються в рамках інституцій Союзу. Що, в свою чергу, породжує іншу проблему, яка полягає в тому, що мова регламентів є неточною, суперечливою або містить серйозні прогалини. А це призводить до виникнення великої кількості питань, які можуть бути вирішені лише за допомогою тлумачення, яке в свою чергу з тих же ж причин не може здійснюватись за допомогою національних методів, а потребує автономного підходу, який може застосовувати лише один орган – ССЄС. Проте останньому на це часто потрібно надто багато часу [21].

Відтак можна стверджувати, що подальший розвиток міжнародного цивільного процесу ЄС, як і загалом МПРП ЄС, значною мірою залежатиме від політичної долі Союзу та від того, яким чином буде розвиватись процес європейської політичної інтеграції. В свою чергу Україна, яка на законодавчому рівні проголосила власне прагнення набути членство в ЄС, має активно спостерігати за цими процесами, вивчаючи європейський досвід, та по мірі потреби запозичувати його, з тим, щоб у разі реалізації задекларованої мети, виявитись готовою до входження у спільний правовий простір ЄС.

### Список використаних джерел:

1. Mirjam Freudenthal The future of European Civil Procedure: [Електронний ресурс] European Journal of Comparative Law. Vol. 7.5 December 2003. – Режим доступу: [http://www.ejcl.org/75/art75-6.html#N\\_25\\_](http://www.ejcl.org/75/art75-6.html#N_25_).
2. Stone Peter EU Private International Law. Second edition / P. Stone. – Glos: Edward Elgar Publishing, 2010. – 576 p.
3. Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings: [Електронний ресурс] / Official Journal of European Union. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en:PDF>.
4. Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims: [Електронний ресурс] / Official Journal of European Union. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0805:EN:HTML>.
5. Regulation (EC) No. 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters: [Електронний ресурс] / Official Journal of European Union. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0037:0052:EN:PDF>.
6. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 / The Maastricht Collection: Selected National, European and International Provisions from Public and Private Law. Second edition. – Edited by Kiiver Philipp, Kornet Nicole / P. Kiiver, N. Philipp. – Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010. – 929 p.
7. Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations: [Електронний ресурс] / Official Journal of European Union. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:EN:PDF>.
8. Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and related acts Official Journal C 340, 10 November 1997 <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0001010001>
9. Aude Fiorini The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?: [Електронний ресурс] European Journal of Comparative Law. Vol. 6.1, April 2002. – Режим доступу: <http://www.ejcl.org/61/editor61.html>.
10. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community [Електронний ресурс] Council of European Union dated 3 December 2007. – Режим доступу: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014\\_en07.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014_en07.pdf)



11. Смирнова К. В. Вплив Лісабонського договору на систему джерел права Європейського Союзу: [Електронний ресурс] Європейські студії і право. – № 1 (3). – 2011. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/esp/2011\\_1/txts/Euro\\_pravo/Smirnova.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/esp/2011_1/txts/Euro_pravo/Smirnova.pdf).
12. Саракуца М. О. Система джерел права Європейського Союзу: [Електронний ресурс] Право і Безпека: Науковий журнал. – № 4 (36). – 2010. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/pib/2010\\_4/PB-4/PB-4\\_6.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2010_4/PB-4/PB-4_6.pdf).
13. Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands Judgment Decision of the European Court of Justice (Fifth Chamber) of 10 May 2001. Case C-144/99: [Електронний ресурс] Official Journal of the European Communities 14.07.2001. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:200:0012:0013:EN:PDF>.
14. Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968: [Електронний ресурс] European Court of Justice official web-site. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>.
15. Bogdan Michael Concise Introduction to EU Private International Law. Second Edition / M. Bogdan. – Amsterdam: Europa Law Publishing, 2012. – 240 p.
16. TIARD SA v Staat der Nederlanden: Judgment of the European Court of Justice (Fifth Chamber) of 15 May 2003 in Case C-266/01. [Електронний ресурс]: Official Journal of the European Union. Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0266:EN:PDF>.
17. Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters: [Електронний ресурс] Official Journal of the European Union L 299/6216.11.2005. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:299:0062:0070:EN:PDF>.
18. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) 14.12.2010 COM (2010) 748 final: [Електронний ресурс] European Commission: Justice. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com\\_2010\\_748\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2010_748_en.pdf)
19. European Judicial Network in Civil and Commercial Matters. Glossary: [Електронний ресурс] European Commission. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary\\_en.htm#PrivIntLaw](http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_en.htm#PrivIntLaw).
20. Юрова Н. М. Международное гражданское процессуальное право: теоретические основы имплементации норм в правовой системе Российской Федерации / Н. М. Юрова. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 352 с.
21. European Private International Law as a Transition Stage? / Editor-in-Chief: Sjef van Erp: [Електронний ресурс] European Journal of Comparative Law. Vol. 12.1, May 2008. – Режим доступу: <http://www.ejcl.org/121/art121-7.pdf>.





**Трудове право та право  
соціального забезпечення**

**Трудовое право и право  
социального обеспечения**



**Labor Law and Social  
Protection Law**

**В. М. Божко,**

кандидат юридичних наук, доцент, Полтавський національний технічний університет ім. Юрія Кондратюка

## ОСНОВНА ФУНКЦІЯ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ – ВІДТВОРЮВАЛЬНА

Оскільки заробітна плата та оплата праці пов'язані функціональною залежністю, то вони виконують різні, хоча й споріднені функції. Виникає питання: котра з функцій оплати праці є тим індикатором, що дозволить розмежувати оплату праці від інших процесів, а яка допоможе вирізнити заробітну плату з-поміж інших видів платежів, які роботодавець виплачує працівнику?

На наш погляд, основна функція заробітної плати – відтворювальна. Загальновизнаним є той факт, що створюючи нову вартість, у процесі праці працівник змінює речовини природи та переносить на них вартість своєї робочої сили й вартість минулої праці, втіленої у сировині, напівфабрикатах і засобах виробництва. Іншими словами, у процесі праці фізично зношуються не лише знаряддя праці та засоби виробництва, але й робоча сила працівника. Ось чому ще У. Петті (1623–1687) наголошував, що робоча сила “безпосередньо бере участь у виробничому процесі, поєднуючи в собі якості та здібності людини”. К. Маркс теж стверджував: “Під робочою силою ми розуміємо суму фізичних і розумових здібностей, котрі існують у живому тілі та в живій особистості людини, які реалізуються щоразу, коли вона виробляє певні споживчі вартості”; “працівник віддає капіталісту в тимчасове користування свою робочу силу ... Однак людина, подібно до машини, зношується, її доводиться замінювати іншою людиною”. І додав: “Поденна плата – це звичний розмір прибутку для власника машини, котра називається людиною, включаючи кошти, необхідні для того, аби to replace class wear and tear of the machines (відшкодувати знос машини), або, що є тим самим, для заміни старих працівників, тих, котрі втратили свою працездатність, новими”. Отже, у процесі праці зношуються не лише знаряддя праці та засоби виробництва, котрі належать роботодавцеві, але й робоча сила, власником якої є працівник.

Поділяв таку позицію й В. Войтинський. Але на відміну від К. Маркса, котрий проводив аналогію між робочою силою людини та машиною, він порівнював її з робочим скотом: “Усі коливання навколо певного рівня заробітної плати пояснюються залізним законом: подорожчання продуктів харчування підвищує *“витрати на відтворення робочої сили”*, подібно як подорожчання вівса чи сіна збільшує витрати на утримання робочого скоту для його власника”. І згодом уточнив: “Заробітна плата коливається залежно від зміни величини коштів, необхідних для задоволення життєвих потреб працівника”.

Таким чином, у процесі життя людини постійно відбувається обмін речовин, схожий та той, що виникає під час горіння, бо для життєдіяльності людини, для функціонування її організму потрібен кисень, але не лише він. Тривале існування людського організму неможливе, у першу чергу, без їжі. Як і під час горіння, так і в процесі свого життя людина виділяє хімічну енергію, наприклад, у вигляді теплоти, за рахунок якої й забезпечується життєдіяльність організму. Тому за своєю сутністю людський організм схожий на своєрідну динамо-хімічну машину, в якій спожита у вигляді їжі хімічна енергія перетворюється на кінетичну, котра витрачається на забезпечення життєдіяльності самого організму та на виконання людиною роботи. В. М. Позняков вираховував, що в стані спокою людині щоденно потрібно 2786 калорій, у тому числі 78 г. білків, 48 г. вуглеводів і 50 г. жирів. Таку кількість енергії вона має щоденно отримувати у вигляді їжі тільки для підтримання свого життя. Але для того, аби людина могла працювати, їй ще потрібно спожити додаткову кількість калорій, адже будь-яка праця зумовлює витрату організмом людини енергії. За розрахунками С. Г. Струмиліна для виконання відносно легкої роботи (наприклад, сторожа, вчителя, продавця) людина повинна споживати приблизно 3050 калорій на добу, а для роботи друкарки, оператора ЕОМ – 3250 калорій. Натомість виконання роботи середньої важкості – шофера, маляра, слюсаря, столяра потребує приблизно 3500-4000 калорій, а важкої роботи землекопа, кур'єра, вантажника, лісоруба – від 5000 до 6500 калорій щоденного харчування. При цьому слід урахувати, що нами щойно наведено потребу в енергії для виконання працівниками названих професій фізичної роботи. Але інтелектуальні чи психічні навантаження зношують організм людини значно більше, аніж фізичні, що, безумовно, також має впливати на формування необхідного щодобового раціону харчування працівників.

Хочемо також наголосити, що не вся спожита людиною енергія зможе перетворитися на корисну роботу. Адже коефіцієнт корисної дії “людської машини” невисокий. За оцінками С. Г. Струмиліна він становить приблизно 7-20%. Решта спожитої їжі витрачається на життєзабезпечення самого організму людини, бо у процесі праці він не лише втомлюється, але й зношується.

Отже, робоча сила, котра витрачається у процесі праці, лише тоді буде відтворена, коли її носій – працівник відновить її вартість у повному обсязі. Але для цього йому потрібні не лише харчі достатньої калорійності, але й інші засоби для існування, зумовлені способом його життя. Як справедливо наголошує А. М. Колот, “вартість робочої сили є усередненим еквівалентом життєзабезпечення типового представника окремої професії, котрий веде характерний для своїх колег спосіб життя, має спільні інтереси і цілі, приблизно однаковий рівень інтелектуального та культурного розвитку, умови проживання й результати праці”.

Крім того, слід відмітити, що кількість необхідних працівнику засобів для існування є змінною. Вона залежить від цілої низки чинників. По-перше, від властивостей кожного людського організму, від природних та кліматичних умов його проживання, адже, наприклад, у теплому кліматі не потрібно опалювати помешкання, можна обмежитися більш легким, а отже, дешевшим одягом, достатньо менш калорійної їжі тощо. По-друге, обсяг фізіологічно необхідних засобів для існування працівника залежить також і від інтенсивності його праці. Безперечно, при виконанні більш важкої чи більш напруженої праці витрачається значно більше енергії, а тому, щоб компенсувати організму витрачену енергію, потрібно спожити більшу кількість калорій. По-третє, на вартість робочої сили працівника впливає рівень його кваліфікації. Адже для того, щоб отримати кваліфіковану робочу силу, необхідно затратити значні зусилля. Тому цінність кваліфікованої робочої сили буде вищою, ніж цінність простої, некваліфікованої, настільки, наскільки додаткових зусиль треба докласти для навчання. Ось чому “витрати на навчання ... входять до цінностей, які формують витрати на її виробництво”. По-четверте, людина є біосоціальною істотою. Здатність до праці в неї з’являється не відразу після народження, а лише згодом і тільки після її теоретичної та практичної підготовки. До настання працездатного віку й після втрати працездатності людина живе за рахунок сім’ї та суспільства. Це також слід урахувати при визначенні розміру плати за працю. Адже якщо працівнику надати всі необхідні засоби для існування, то внаслідок впливу природних законів він здатен відтворити свою робочу силу лише до певної межі. А у поважному віці працездатність людини взагалі істотно знижується. Тому для постійного відновлення робочої сили (а без цього не може існувати не лише держава, суспільство, але й виробництво), потрібно готувати підростаюче покоління – заміну працівників. Очевидно, що необхідні засоби для його існування мають бути достатніми і для відтворення робочої сили членів сім’ї працівника. Розуміння цього дало змогу К. Марксу зробити висновок, що цінність робочої сили визначається цінністю засобів, необхідних для існування всієї сім’ї: “Крім життєвих засобів, необхідних для підтримання існування самого працівника, він потребує також певну їх кількість для того, щоб виростити дітей, які змушені замінити його на ринку праці та увіковічнити рід працівників”. По-п’яте, вартість робочої сили працівника залежить і від умов суспільного виробництва (наприклад, від поширеності жіночої або дитячої праці, рівня механізації праці, від тривалості робочого часу, від інтенсивності та продуктивності праці), від культурно-історичних традицій тощо. Якщо, наприклад, зростає культурний рівень працівника, підвищується рівень його життя, то зростає й кількість засобів, які необхідні йому для існування. З іншого боку, краще задоволені потреби працівника, котрі тепер є більш багатоманітними, зумовлюють його можливість працювати з більшою інтенсивністю.

Таким чином, заробітна плата повинна бути достатньою для відтворення вартості робочої сили працівника. Лише тоді плата за працю, котру виплачує роботодавець працівнику, володітиме властивостями заробітної плати.

**М. В. Гришук,**

*кандидат політичних наук, доцент Національного університету “Острозька академія”*

## **НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ В УКРАЇНІ: РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ**

Дослідження питань нормативно-правового регулювання охорони праці в Україні є одним із важливих напрямків сучасної науки. Як свідчить аналіз, сьогодні наявні ряд проблем у становленні цієї важливої галузі, а відсутність теоретичного осмислення вітчизняного досвіду в цій сфері породжує серед учених і управлінців-практиків дискусії та неоднозначне ставлення до їх тлумачення.

Загальні принципи державної політики в галузі охорони праці, які визначено законодавством України, спрямовані на створення належних, безпечних і здорових умов праці, запобігання нещасним випадкам та професійним захворюванням, адаптацію трудових процесів до спроможностей працівника з урахуванням стану його здоров'я і психологічного стану, що узгоджується з принципами захисту здоров'я працівників, які визначено в Конвенціях Міжнародної організації праці, директивах Європейського Союзу.

Нормативно-правове регулювання охорони праці в Україні здійснюється на трьох рівнях: конституційному, законодавчому та нормативному.

Правовою основою законодавства щодо охорони праці є Конституція України. У ст. 3 Конституції України проголошено, що людина, її життя і здоров'я, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю; кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці. У ст. 43 Конституції України записано: “Кожен має право на працю...” “Кожен має право на належні безпечні і здорові умови праці...” “; ст. 45 Конституції України проголошує, що “Кожен, хто працює, має право на відпочинок”; Ст. 46 Конституції України вказує на те, що громадяни мають право на соціальний захист [1].

На законодавчому рівні основні положення реалізації конституційного права громадян на охорону їхнього життя і здоров'я в процесі трудової діяльності визначає “Кодекс законів про працю” закони України: “Про пожежну безпеку”, “Про використання ядерної енергії та радіаційний захист”, “Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення”, “Про охорону здоров'я” “Про загальнообов'язкове державне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності”. В Україні, згідно з законом “Про соціальний діалог в Україні”, який набрав чинності з 18.01.2011 р., передбачено формування порядку утворення, склад та організацію роботи Національної тристоронньої соціально-економічної ради та територіальних соціально-економічних рад у регіонах. Галузевий закон “Про охорону праці в Україні”, який прийнятий у новій редакції 21 листопада 2002 року та введений у дію 18 грудня 2002 року і є основоположним законодавчим документом у галузі охорони праці, дія поширюється на всі підприємства, установи і організації незалежно від форм власності та видів їх діяльності, на усіх громадян, які працюють, а також залучені до праці на цих підприємствах.

На нормативному рівні досить вагомими є:

Указ Президента України від 13 липня 2001 р. “Про невідкладні заходи щодо запобігання виробничому травматизму та професійним захворюванням”

Постанови Кабінету Міністрів України, зокрема: від 21 серпня 2001 р. № 1094 “Деякі питання розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві” та від 22 березня 2001 р. № 270 “Про затвердження Порядку розслідування та обліку нещасних випадків невинного характеру”

Нормативні правові акти про охорону праці (НПАОП) почали функціонувати з 01.01.2007 р. взамін ДНАОПів. НПАОП 0.00-4.03-04 “Положення про Державний реєстр нормативно-правових актів з питань охорони праці”, наказ Держнаглядохоронпраці від 08.06.2004 р. № 151. Нормативні акти про охорону праці (НПАОП) – це правила, стандарти, норми, регламенти, положення, інструкції та інші документи, яким надано чинність правових норм, обов'язкових для виконання. НПАОПи можуть бути міжгалузевими або галузевими.

На основі НПАОП власники підприємств, установ, організацій або уповноважені ними органи розробляють і затверджують власні положення, інструкції або інші нормативні акти про охорону праці які є



нормативними актами підприємств, що діють у межах підприємства, установи, організації. В той же час, незважаючи на наявність серйозної нормативно-правової бази, слід визнати, що вона є недосконалою і не вирішує питання, що виникають з розвитком нових економічних взаємовідносин. Існує невідкладна потреба вдосконалення законодавчої нормативно-правової бази з охорони праці. Зноска [2]. На сьогодні в Україні відсутні такі важливі законодавчі акти як Трудовий кодекс України, закон “Про промислову безпеку”, “Про професійний розвиток персоналу на виробництві”, “Про загальнообов’язкове державне соціальне медичне страхування” та інших законодавчих актів, спрямованих на адаптацію законодавства України до міжнародних норм гармонізації її з європейським законодавством. Для цього є всі можливості адже відповідно до ст. 9 Конституції України [1], діючі міжнародні договори, згода на обов’язковість яких дана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. Якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлені інші правила, ніж ті, які містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди (ст. 8-1 КЗпП України) [3]. Таким чином, в Конституції нашої держави і в Кодексі законів про працю України закріплений принцип пріоритету міжнародно-правових норм перед нормами національного. Взагалі-то, міжнародне правове регулювання праці – це встановлена міжнародними договорами (актами) система стандартів щодо регулювання праці, яку держави, що приєдналися до відповідного міжнародного договору (ратифікували його), використовують в національному трудовому законодавстві. Суб’єктами міжнародно-правового регулювання праці є ООН та її спеціалізований орган – Міжнародна Організація Праці (МОП). МОП була заснована урядами ряду країн згідно з рішенням Паризької конференції 11 квітня 1919 р. з метою міжнародного співробітництва для усунення соціальної несправедливості шляхом поліпшення умов праці. У даний час МОП – одна зі спеціалізованих установ ООН. МОП покликана вирішувати такі завдання: розробка узгодженої політики та програм, спрямованих на вирішення соціально-трудоових проблем; розробка та прийняття міжнародних трудових норм (конвенцій та рекомендацій) для проведення прийнятої політики у житті; допомога країнам – членам МОП у вирішенні проблем зайнятості та скороченні безробіття; розробка програм щодо поліпшення умов праці; розвиток соціального забезпечення; розробка заходів щодо захисту прав таких соціально вразливих груп трудящих як жінки, молодь, особи похилого віку, працівники-мігранти; сприяння організаціям найманих працівників і підприємств в їхній роботі спільно з урядами щодо врегулювання соціально-трудоових відносин.

На сьогоднішній день членами МОП є 174 держави. Відповідно до Статуту МОП, її членом може бути кожна держава – член ООН. Україна є членом МОП з 1954 р. Головним принципом роботи МОП є трипартизм, що означає, що формування майже всіх органів МОП базується на основі тристороннього представництва – від урядів, представників працівників і підприємств (роботодавців). Отже, кожна держава представлена чотирма делегатами: два – від уряду, по одному – від підприємств і працівників. Вищий орган МОП – Міжнародна конференція праці (Генеральна конференція), яка скликається щорічно і складається з делегатів усіх держав – членів МОП. До компетенції Генеральної конференції відноситься прийняття міжнародних конвенцій і рекомендацій, визначення задач і напрямів діяльності МОП, внесення змін в її Статут, прийом у члени МОП окремих держав, спостереження за застосуванням державами ратифікованих ними конвенцій, а також рекомендацій МОП. Виконавчим органом МОП є Адміністративна рада, яка обирається на Міжнародній конференції праці й складається з 56 чоловік: 28 делегатів представляють уряди, 14 – підприємств і 14 – працівників. Адміністративна рада призначає Генерального директора Міжнародного Бюро Праці. [4]

МОП прийнято 177 конвенцій і 184 рекомендації. Україною за станом на 2007 р. ратифіковано 62 Конвенції МОП.

В даний час Держгірпромнагляд спільно з Міжнародною організацією праці розпочали реалізацію проекту “Поліпшення стану безпеки та гігієни праці на робочих місцях в контексті Гідної праці”. Одним з основних напрямів проекту є розробка та впровадження Національного плану дій по безпеці праці та здоров’я на робочих місцях та в подальшому його презентація та прийняття на державному рівні. Як відзначалось на парламентських слуханнях 16 листопада 2010 р. сьогодні не існує цілісної системи державного управління охороною праці, [5] За таких умов на місцях практично не здійснюється опрацювання та реалізація заходів з охорони праці у складі регіональних програм поліпшення стану безпеки, гігієни праці та виробничого середовища; не контролюється виконання ст. 19 Закону України “Про охорону праці” згідно якої на заходи з охорони праці має спрямовуватись не менше 0,5 відсотків від суми реалізованої підприємством продукції, а для підприємств, що утримуються за рахунок бюджету,



– 0,2 відсотків від фонду оплати праці; не забезпечується організаційно-технічна підтримка діяльності ради з питань безпечної життєдіяльності населення; не складається відомча статистична звітність про стан безпеки праці на підприємствах відповідних регіонів, які не мають галузевої підпорядкованості та інші. [6] Не визначено законодавством України і питання культури охорони праці як процесу по використанню усіх можливих засобів для підвищення загальної поінформованості громадян про виробничі небезпеки та ризики, обізнаності та розуміння того, як можна їм запобігти. Саме при формуванні культури охорони праці, привертається постійна увага кожного роботодавця і працівника до цих важливих питань. В свою чергу це безумовно сприятиме роботі без аварій і травм навіть більше, ніж безпосередньо державний нагляд. Адже за статистикою, більше 70% нещасних випадків відбуваються через недостатню обізнаність працівників про безпечні методи роботи або через нехтування елементарними нормами власної безпеки, тобто через несформовану або низьку культуру охорони праці. Тому основною складовою профілактики травматизму сьогодні є культура особистої безпеки праці, формування якої дозволить створити безпечне й здорове виробниче середовище.

Недосконалість законодавства породжує і такі серйозні проблеми як виконання робіт на підставі тимчасових цивільно-правових угод без оформлення трудових відносин. З цього питання не проводять роботу органи місцевого самоврядування. Переходячи в площину саме таких відносин, працівник не знає або не звертає уваги на те, що він фактично позбавляється права на соціальну допомогу або захист. У разі настання нещасного випадку керівник підприємства його не розслідуватиме та не нестиме відповідальності. Таких працівників в Україні гине в три рази більше, ніж оформлених належним чином, так як роботи підвищеної небезпеки виконуються ними без відповідної фахової підготовки та необхідних знань. Тому і статистичні дані України у порівнянні з розвиненими країнами світу відрізняються так суттєво. [7]

Враховуючи проблеми в питаннях охорони праці Державний комітет України з промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду 21.10.2010 р. прийняв наказ № 969/922/216 “Про організацію та вдосконалення навчання з питань охорони праці, безпеки життєдіяльності та цивільного захисту у вищих навчальних закладах України”, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 9 листопада 2010 року за №1057/18352. Міністерства Освіти, науки молоді та спорту України, 3 питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи на основі цього розробили та затвердили наказом нову програму вивчення охорони праці в вищій школі, ввівши новий курс “Основи охорони праці в галузі”

Мета вивчення дисципліни полягає у формуванні у майбутніх фахівців

(спеціалістів та магістрів) умінь та компетенцій для забезпечення ефективного управління охороною праці та поліпшення умов праці з урахуванням досягнень науково-технічного прогресу та міжнародного досвіду, а також в усвідомленні нерозривної єдності успішної професійної діяльності з обов’язковим дотриманням усіх вимог безпеки праці у конкретній галузі.

Завдання вивчення дисципліни передбачає забезпечення гарантії збереження здоров’я і працездатності працівників у виробничих умовах конкретних галузей господарювання через ефективне управління охороною праці та формування відповідальності у посадових осіб і фахівців за колективну та власну безпеку.

#### **Список використаних джерел:**

1. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua/konst/](http://www.rada.gov.ua/konst/)
2. Парламенські слухання з питань промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду 16 листопада 2010 Перший заступник голови Комітету Верховної Ради з питань соціальної політики та праці Олег Шевчук, [Електронний ресурс] // режим доступу [www.fpsu.org.ua](http://www.fpsu.org.ua).
3. Кодекс законів про працю України [Електронний ресурс] // режим доступу <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main>.
4. Міжнародна організація праці [Електронний ресурс] // режим доступу <http://ukrref.com.ua/index.php>
5. Парламентські слухання на тему: “Про стан промислової безпеки та охорони праці” Доповідь Голови Держгірпромнагляду на парламентських слуханнях “Про стан промислової безпеки та охорони праці” 17 листопада 2010 року [Електронний ресурс] . – Режим доступу : <http://www.dnopr.kiev.ua/index.php>)
6. Парламентські слухання на тему: “Про стан промислової безпеки та охорони праці”. п’ятниця, 19 листопада 2010 [Електронний ресурс] // режим доступу <http://www.dnopr.kiev.ua/index.php>.
7. (Прес-конференція заступника голови Держгірпромнагляду України Геннадія Суслова в рамках прес-туру 10/11/10 присвяченого темі пропаганди безпечних та нешкідливих умов праці [Електронний ресурс] . – Режим доступу : <http://www.google.com.ua/search>).

**В. Б. Казакова,**

*Могилевський державний університет ім. А. А. Кулешова (Беларусь)*

## **АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДЕТСКОГО ТРУДА**

Традиционно считается, что детский труд – одна из причин бедности. Также отмечается, что основными причинами возникновения детского труда являются семейные проблемы, прежде всего экономического характера. Работающие дети не посещают школу и рискуют своим здоровьем. Без образования им сложно вырваться из нищеты. Это и является одной из важнейших причин необходимости искоренения детского труда. Значительное внимание данному направлению отводит Международная организация труда (МОТ). МОТ приняла свою первую конвенцию по детскому труду в 1919 году, в год своего основания. Через несколько лет, был принят целый ряд конвенций (9), устанавливающий минимальный возраст для приема детей на работу в различных отраслях, в том числе в сельском хозяйстве и рыболовстве. Одними из последних и наиболее полных норм МОТ по детскому труду стали Конвенция о минимальном возрасте для приема на работу, 1973 г. (№ 138) и соответствующая ей Рекомендация (№ 146), а также Конвенция о наихудших формах детского труда, 1999 г. (№ 182) и Рекомендация (№ 190).

Согласно Конвенции № 138, минимальный возраст приема на работу должен быть, как правило, не ниже возраста окончания обязательного школьного образования и во всяком случае не ниже 15 лет.

Минимальный возраст приема на работу, которая может нанести ущерб здоровью, безопасности или нравственности подростка, не должен быть, как правило, ниже 18 лет.

Указанная Конвенция не применяется к работам, выполняемым детьми и подростками в учебных заведениях, или к работам, выполняемым на предприятиях подростками старше 14 лет, если такие работы являются неотъемлемой частью курса обучения или профессиональной ориентации.

Национальным законодательством может допускаться прием на работу детей от 13 до 15 лет для легкой работы, не вредной для их здоровья или развития и не наносящей ущерба школьному обучению.

Установленные в Конвенции № 138 возрастные ограничения приема на работу могут не соблюдаться по разрешению компетентного государственного органа в отношении таких видов деятельности, как участие в художественных выступлениях. Выдаваемые разрешения ограничивают продолжительность рабочего времени детей и подростков и устанавливают иные условия их допуска к таким работам [1, ст. 3].

Рекомендация № 146 призывает государства поставить перед собой цель последовательного повышения до 16 лет минимального возраста для приема на работу по найму.

В Иране, Турции, Португалии, Таиланде, Коста-Рике, Гаити дети принимаются на работу с 12 лет. А в Японии, Австралии, Исландии, Швеции, ЮАР не запрещается применение труда детей и подростков в ночное время. И это далеко не полный список стран и регионов, в которых активно используется детский труд. Не исключено и использование детского труда на опасных работах. Например, в Индии запрещено использование малолетних на опасных предприятиях, тем не менее тысячи детей продолжают работать на заводах по изготовлению петард и на ткацких фабриках, где ткут ковры и шьют футбольные мячи. Также можно отметить использование детского труда на китайских заводах, занимающихся производством хлопушек, петард и прочей пиротехнической продукции. В Эквадоре ширится использование детского труда на банановых плантациях. Низкий уровень организации труда и нарушение техники безопасности влекут за собой тяжкие последствия вплоть до инвалидности.

Как ни странно на первый взгляд, но даже единого четкого понятия, что такое детский труд, в мире нет. По критериям UNICEF, эта та работа, которая “слишком продолжительна, слишком трудна, вредна для детского физического или умственного здоровья”. Также подразумевается, что такой труд мешает получению образования.

Отдельная проблема – принудительный детский труд, близкий к элементарному рабству. Наиболее “славны” этим Индия, Бангладеш, Бразилия, Пакистан, Непал. Хотя, справедливости ради, надо отме-

титель, что те же Индия и Пакистан среди стран третьего мира выделяются хотя бы тем, что у них есть обширные правительственные программы по решению проблемы детского труда.

По своим формам детский труд сводится в мире примерно к одному и тому же набору: сфера услуг, проституция, малый бизнес. Но наиболее широко детский труд применяется в сельскохозяйственном производстве. А ведь именно сельскохозяйственные работы особенно губительны для детского организма. Эксперты, занимающиеся изучением проблемы использования детского труда, отмечают, что часто дети вынуждены работать в опасных условиях, много часов подряд, пользоваться опасными и острыми инструментами, рассчитанными на взрослых. Наконец, дети, занятые в сельском хозяйстве, подвергаются воздействию токсичных пестицидов, ядохимикатов, пыли и так далее.

Что же касается нашей страны, то сейчас появились новые явления – мойка машин, продажа газет, причем подчас не в свободное от школы время, а вместо нее. Конечно, в нашем государстве принимаются меры для искоренения борьбы с детским трудом. Главным образом данное направление государственной политики нашло своё отражение и закрепление в Трудовом Кодексе Республики Беларусь. В соответствии со ст. 21 Трудового Кодекса Республики Беларусь, “заключение трудового договора допускается с лицами, достигшими шестнадцати лет.

С письменного согласия одного из родителей (усыновителя, попечителя) трудовой договор может быть заключен с лицом, достигшим четырнадцати лет, для выполнения легкого труда, не причиняющего вреда здоровью и не нарушающего процесса обучения” [2, ст. 21]. Однако я считаю, что это лишь минимальная правовая основа для решения проблемы эксплуатации труда. По моему мнению, необходимо существование более детальной правовой регламентации использования детского труда. Например, в Трудовом Кодексе Российской Федерации данному вопросу посвящена гл. 42 “Особенности регулирования труда работников в возрасте до восемнадцати лет”, где оговорено и предоставление ежегодного основного оплачиваемого отпуска работникам в возрасте до восемнадцати лет (ст. 267); дополнительных гарантий (ст. 269); нормы выработки (ст. 270) и другие положения [3].

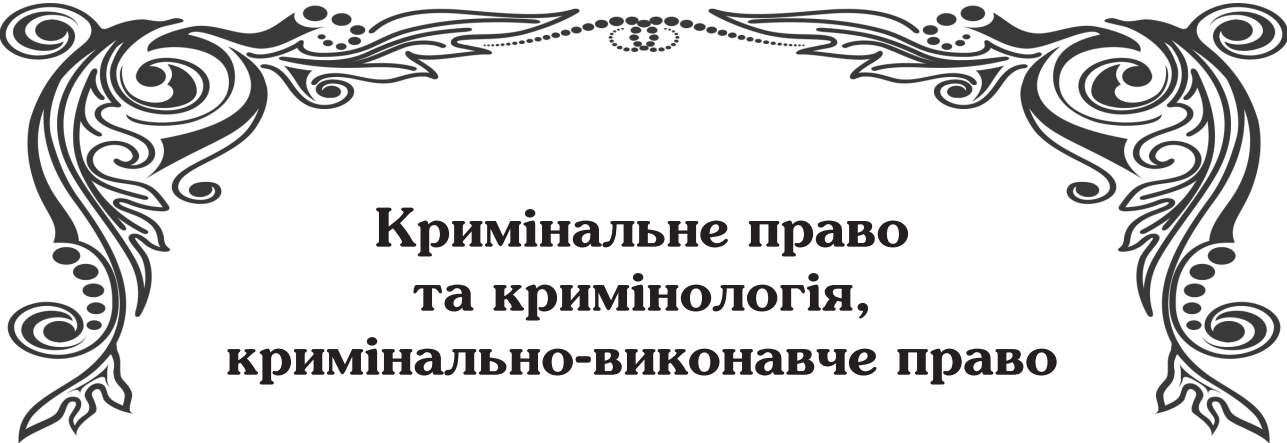
При этом необходимо отметить, что большинство малолетних работают без официального оформления своего трудоустройства. Нелегальный характер детского труда позволяет работодателям оплачивать его ниже установленных норм для взрослых, прибегать к наказаниям, в том числе и физическим, за некачественную работу или иные нарушения. Также работодатель освобождается от обязанностей, в том числе и от обязанности обеспечивать здоровые и безопасные условия труда на каждом рабочем месте. Также большинству детей, вовлеченных в трудовую деятельность, приходится работать по 8 и более часов в сутки. Таким образом, еще одной причиной существования детского труда является отношение к нему работодателей, которые зачастую не только оправдывают детский труд, но и сами втягивают в него детей. Для многих работодателей дети представляют собой резерв нерегулярной рабочей силы, которую можно нанимать и увольнять по своему желанию. Детьми проще управлять, чем взрослыми – хотя они и обладают меньшими навыками, они в меньшей степени осознают свои права, доставляют меньше хлопот, меньше жалуются и более приспособляемы – и, в конечном итоге, ими легче всего пожертвовать в случае возникновения каких-либо сложностей. Если труд детей нелегален, ни они сами, ни их родители, скорее всего, не пожалуются властям из-за страха потерять даже тот скудный заработок, который дети приносят своим семьям.

Именно в этой связи необходимо провести ряд мер, направленных на существенное ужесточение законодательства в отношении работодателей, которые используют детский труд, особенно в его наихудших формах. Проблема детского труда не будет решена до тех пор, пока в этом труде заинтересованы недобросовестные работодатели. Необходимо законодательно ужесточить меры ответственности работодателей за использование детского труда, а также рекомендовать союзам работодателей обсудить эту проблему на своих съездах, рассмотрев вопрос о необходимости применения дисциплинарных, административных и иных возможных мер к нарушителям.

В качестве альтернативы детскому труду можно предложить работодателям нанимать совершеннолетних студентов, что не будет являться нарушением трудового законодательства. Невысокие стипендии и в тоже время большие суммы оплаты за обучение заставляют молодежь искать работу. Отказавшись от практики использования детского труда правительство Республики Беларусь, могло бы убить двух зайцев: обеспечить качественную подготовку молодых специалистов и предоставить работу нуждающимся в этом студентам.

**Список использованных источников:**

1. Конвенция МОТ № 138 “О минимальном возрасте для приема на работу” 1973 г. // Конвенции и рекомендации, принятые Международной Конференцией Труда: В 2 т. / Междунар. орг. труда. – Женева, 1974. – Т. 2: 1957-1990. – С. 1703.
2. Трудовой кодекс Республики Беларусь : Кодекс Республики Беларусь, 26 июля 1999 г., № 296-З : принят Палатой представителей 8 июня 1999 г. : одобрен Советом Республики 30 июня 1999 г. : текст Кодекса по состоянию на 30 дек. 2010 г. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информации Республики Беларусь. – Минск, 2012.
3. Трудовой кодекс Российской Федерации : Кодекс Российской Федерации, 30 декабря 2001., № 197-ФЗ : принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 21 декабря 2001г. : одобрен Советом Федерации 26 декабря 2001 г. : текст Кодекса по состоянию на 7 ноября 2011 г. // Консультант Плюс [Электронный ресурс] / Региональный центр правовой информации. – Москва, 2012.



**Кримінальне право  
та кримінологія,  
кримінально-виконавче право**

**Уголовное право  
и криминология,  
уголовно-исполнительное право**



**Criminal Law  
and Criminology, Penal Law**



**Є. Є. Зембра,**

*магістрант Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету “Острозька академія”*

## **НЕБЕЗПЕКА ХАКЕРСТВА НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РОЗВИТКУ КОМП'ЮТЕРНИХ ТЕХНОЛОГІЙ**

З кожним днем системи захисту розвиваються, створюються програмні та технічні засоби збереження та шифрування інформації. Разом з цим створюються програмні та технічні засоби вторгнення у захищені системи. Так, для прикладу, кількість хакерських атак за останні 5 років у Великобританії виросла у 10 разів: кількість зломів сайтів місцевих органів влади виросла на 1609%, громадських організацій – 1380%, приватних компаній – 1159%, медичних закладів – 935%, центральних органів влади – 132% [1]. Така статистика свідчить про зростання кількості атак у мережі Internet зловмисниками, що становить реальну загрозу для збереження цілісності даних, які містяться на різних типах носіях інформації. Сучасний Кримінальний кодекс України статтею 361 хоч неповноцінно, але все ж передбачає кримінальну відповідальність за несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

### **Хакерство в кримінальному процесі**

Зазначене питання, на нашу думку, не досліджене в достатній мірі, оскільки Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК), який містить механізм протидії хакерству підписаний Президентом України лише 13 квітня 2012 року і набирає чинності через 6 місяців після його опублікування, тобто з 19 жовтня 2012 року, а відтак практика застосування його норм відсутня.

Метою цієї статті є проведення максимально можливого аналізу механізму протидії хакерству та співвіднесення його з нормами Кримінального кодексу України, які встановлюють відповідальність за хакерство.

Прийняття КПК України стало новою віхою розвитку кримінального процесу в Україні. Цей кодекс характеризується новизною, однією з яких є наявність декількох статей, які не тільки передбачають механізм протидії хакерству, але й фактично встановлюють можливість застосування праці хакерів на користь державі. Для аналізу цього механізму слід проаналізувати статті 263, 264 та 268 нового КПК.

**Стаття 263 КПК:** *“1. Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (мереж, що забезпечують передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого виду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами) є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без відома осіб, які використовують засоби телекомунікацій, на підставі ухвали слідчого судді, якщо під час його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження. 2. В ухвалі слідчого судді про дозвіл на втручання у приватне спілкування в цьому випадку додатково повинні бути зазначені ідентифікаційні ознаки, які дозволяють унікально ідентифікувати абонента спостереження, транспортну телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання, на якому може здійснюватися втручання у приватне спілкування. 3. Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж полягає у проведенні із застосуванням відповідних технічних засобів спостереження, відбору та фіксації змісту інформації, яка передається особою та має значення для досудового слідства, а також одержанні і фіксації різних видів сигналів, що передаються каналами зв'язку. 4. Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж покладається на уповноважені підрозділи органів внутрішніх справ та органів безпеки. Керівники та працівники операторів телекомунікаційного зв'язку зобов'язані сприяти виконанню дій із зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, вживати необхідних заходів щодо нерозголошення факту проведення таких дій та отримання інформації, зберігати її в незмінному вигляді”* [4; 136]. Зазначена стаття оперує поняттями “кінцеве обладнання” (обладнання, призначене для з'єднання з пунктом закінчення телекомунікаційної мережі з метою забезпечення доступу до телекомунікаційних послуг), “засоби телекомунікацій” (обладнання, станційні та лінійні споруди, призначені для утворення телекомунікаційних мереж), “ідентифікаційні ознаки” (серійні, заводські та інші номери товару, інформація щодо клейма, а також інші ознаки, що дозволяють однозначно ідентифікувати товар) [6]

та “телекомунікаційна мережа” (комплекс технічних засобів телекомунікацій та споруд, призначених для маршрутизації, комутації, передавання та/або приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого роду по радіо, проводових, оптичних чи інших електромагнітних системах між кінцевим обладнанням) [7]. Аналізуючи цю статтю можна зробити висновок, що це є одна зі статей КПК, котра встановлює порядок санкціонованого державою порядку порушення гарантованих Конституцією прав людини та громадянина. Саме на це вказує частина перша цієї статті. Крім того, тут вказується про спосіб вчинення цих дій: це є спосіб таємний, тобто без відома осіб, які використовують засоби телекомунікацій. Підставою таких негласних дій є ухвала слідчого судді. Частина друга цієї статті встановлює зміст цієї ухвали та відомості, які необхідно вказати для реалізації зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж: ідентифікаційні ознаки та кінцеве обладнання, на якому може здійснюватися втручання в приватне спілкування. Це означає, що будь-яка транспортна телекомунікаційна мережа повинна бути укомплектована спеціальним обладнанням для здійснення такого втручання. Частина третя статті розкриває зміст процесу зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та встановлює, яка саме інформація підлягає фіксуванню. Коло органів, що можуть здійснювати таке зняття інформації встановлюється частиною четвертою статті 263, а саме це уповноважені підрозділи органів внутрішніх справ та органів безпеки. Безумовно, працівники цих органів повинні володіти відповідними знаннями, вміннями та навичками (вони повинні бути професіоналами, тобто фактично хакерами). Крім того, частина четверта покладає обов’язок на керівників та працівників операторів телекомунікаційного зв’язку сприяти виконанню дій зі зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та вживати необхідних заходів щодо нерозголошення факту проведення таких дій та отримання інформації, зберігання її в незмінному вигляді. Іншими словами, КПК встановлює обов’язок зберігати режим секретності цих негласних слідчих дій та вживати заходів для дотримання цілісності знятої інформації.

**Стаття 264 КПК:** “1. Пошук, виявлення і фіксація відомостей, що містяться в електронній інформаційній системі або їх частин, доступ до електронної інформаційної системи або її частини, а також отримання таких відомостей без відома її власника, володільця або утримувача може здійснюватися на підставі ухвали слідчого судді, якщо є відомості про наявність інформації в електронній інформаційній системі або її частині, що має значення для певного досудового розслідування. 2. Не потребує дозволу слідчого судді здобуття відомостей з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов’язаний з подоланням системи логічного захисту. 3. В ухвалі слідчого судді про дозвіл на втручання у приватне спілкування в цьому випадку додатково повинні бути зазначені ідентифікаційні ознаки електронної інформаційної системи, в якій може здійснюватися втручання у приватне спілкування” [4; 136]. Зазначена стаття оперує поняттям “система логічного захисту”. В даному випадку потрібно встановити, що є процесом подолання системи логічного захисту. В своїй суті логічний захист означає виконання персоналом компанії певних правил роботи та спеціалізованого програмного забезпечення. Також до логічного захисту можна віднести використання імені користувача, паролю, аудит системи, шифрування даних, захист від вірусів, резервне копіювання, використання джерел безперебійного живлення та створення відмово стійких систем [2]. Іншими словами подолання системи логічного захисту передбачає здійснення зламу для отримання доступу для даних, які знаходяться “за паролем”. Такі дії становлять склад злочину, передбаченого ст. 361 КК України. Протилежним є дані, доступ до яких не “закритий” паролем, а відтак будь-хто може переглянути вміст цих даних і будь-які дії з такими даними не є незаконними.

**Стаття 268 КПК:** “1. Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу є негласною слідчою (розшуковою) дією, яка полягає в застосуванні технічних засобів для локалізації місцезнаходження радіоелектронного засобу, у тому числі мобільного терміналу систем зв’язку, та інших радіовипромінювальних пристроїв, активованих у мережах операторів рухомого (мобільного) зв’язку, без розкриття змісту повідомлень, що передаються, якщо в результаті його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження. 2. Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу проводиться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої в порядку, передбаченому статтями 246, 248-250 цього кодексу. 3. В ухвалі слідчого судді про дозвіл на встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу в цьому випадку додатково повинні бути зазначені ідентифікаційні ознаки, які дозволяють унікально ідентифікувати абонента спостережен-

ня, транспортну телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання. 4. Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу до постановлення ухвали слідчого судді може бути розпочато на підставі постанови слідчого, прокурора лише у випадку, передбаченому частиною першою статті 250 цього кодексу» [4; 138]. Цією статтею законодавець фактично встановлює механізм використання процесу тріангуляції місцезнаходження мобільного телефона за базовими станціями. В першу чергу варто зазначити, що базові станції GSM-мережі регулярно надсилають в ефір сигнали, щоб мобільні телефони могли визначити, в якій зоні покриття він знаходиться. В свою чергу телефон час від часу надсилає до базової станції сигнал з відомостями про своє місцезнаходження з метою спростити направлення вхідних дзвінків. Крім того, мобільний телефон надсилає на базову станцію інформацію про станцію, від якої отримуваний сигнал найкращий. Безпосереднє відслідковування телефонів, які перебувають в радіусі дії базової станції не відбувається, а тому у мережі наявні приблизні відомості про поточне місцезнаходження мобільного терміналу. Однак, точного місцезнаходження мобільного телефону в поточному режимі роботи базові станції не встановлюють. Проте, для визначення місцезнаходження мобільного терміналу, його можна «пропінгувати» (виконати команду ping) із трьох базових станцій [8]. Інші стверджують, що для «відслідковування» мобільного телефона не потрібно здійснювати активні дії і достатньо, щоб телефон повинен бути просто увімкненим. Такий процес відбувається за допомогою тріангуляції. Це відбувається через знаходження позиції мобільного телефона, коли відомі візуальні орієнтири, тобто є «прив'язка до місцевості». Базові станції аналізують отриманий від мобільного пристрою сигнал і визначають, які базові станції знаходяться ближче. Місце розташування оцінюється шляхом порівняння відісланих сигналів мобільних телефонів до базової станції [5]. Стаття 268 КПК не передбачає здійснення перехоплення повідомлень чи прослуховування, а відтак зберігається анонімність розмов чи повідомлень абонента. Обставинами, які мають значення для справи можуть бути, наприклад, місцеперебування підозрюваного в момент вчинення злочину (за умови, що мобільний телефон був наявний у нього в момент вчинення цього діяння). Частина друга визначає, що такі дії проводяться за умови наявності відповідної ухвали слідчого судді. Зміст такої ухвали встановлюється частиною три. Четверта частина визначає випадки, за наявності яких установлення місце розташування проводиться лише на підставі постанови слідчого або прокурора, тобто у невідкладних випадках, пов'язаних із врятування життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину. У такому випадку прокурор зобов'язаний невідкладно після початку такої негласної слідчої (розшукової) дії звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді [4; 138].

В своїй суті, у досліджених статтях КПК, Законодавцем передбачено не тільки процесуальні умови зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, а й механізм використання хакерства на користь охоронюваних державою інтересів, шляхом працевлаштування осіб, які володіють відповідними знаннями, вміннями та навичками у відповідних органах, встановлених КПК.

У процесі дослідження вищезазначених статей КПК виникає питання про встановлення виключного права органів внутрішніх справ та органів безпеки на вчинення досліджуваних протиправних дій. Йдеться про встановлення на рівні закону кримінальної відповідальності за несанкціоновані державою в особі слідчого судді (ст. 263, 264 КПК), а у окремих випадках слідчого або прокурора дії [4; 138]. Тому, їх варто співвіднести зі статтями Кримінального кодексу України, які встановлюють кримінальну відповідальність за злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, зокрема із статтею 361 КК: «Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, що призвело до витоку, втрати, підробки, блокування інформації, спотворення процесу обробки інформації або до порушення встановленого порядку її маршрутизації...» [3].

#### – Співвідношення норм КПК і КК

Прийнявши такі статті КПК держава фактично визначила механізм санкціонування дій, передбачених в ст. 361 КК. Таким чином, держава передбачила можливість використання хакерства в інтересах захисту охоронюваних державою прав людини. Однак, законодавець не обмежив шляхом прийняття відповідних змін до КК коло осіб, які можуть «відслідковувати» термінали мобільного зв'язку (немає статті Кримінального кодексу, що встановлює кримінальну відповідальність за таке «відслідковувати» без санкціонування такої діяльності державою органами та особами, які не можуть вчиняти таких дій

та органами й особами, які можуть вчиняти такі дії, але вчиняють їх без відповідних санкцій). Таким чином, через недосконалість норм КК в сфері хакерства, зловмисники мають можливість здійснити протизаконні дії, “обходячи” норми Кримінального Кодексу України.

**Список використаних джерел:**

1. Количество хакерских атак в Великобритании выросло в 10 раз за пять лет: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.hacker.ru/post/59244/>.
2. Комп’ютерні мережі. Захист даних у мережах: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [it.nubir.edu.ua/mod/page/view.php?id=771](http://it.nubir.edu.ua/mod/page/view.php?id=771).
3. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради. – №2341-III. – Ст. 361.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – №4651-VI. – Ст. ст. 263, 264, 268.
5. Мобільник як засіб контролю // Персонал плюс. – №3 (460). – 25 січня – 3 лютого 2012 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.personal-plus.net/460/8798.html](http://www.personal-plus.net/460/8798.html).
6. Про затвердження Порядку застосування митного режиму тимчасового ввезення (вивезення): Наказ Державної митної служби України // Офіційний вісник України. – №18, стор. 220, стаття 760, код акту 1597/2000. – 2000 р. – Ст. 3.
7. Про телекомунікації: Закон України // Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 1280-IV. – Ст. 1.
8. Триангуляція местоположения мобильного телефона базовыми станциями: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.mobile-review.com/articles/2009/triangulation.shtml](http://www.mobile-review.com/articles/2009/triangulation.shtml).



**І. М. Морозова,**

*пошукувач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету "Острозька академія"*

## **РОЗМЕЖУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ ОДЕРЖАННЯ ХАБАРА ТА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ**

Міжнародне співтовариство, будучи стурбованим від загрозливого впливу корупції на шляху утвердження правових та соціальних цінностей у більшості держав світу, за останнє десятиліття сприяло розробленню низки важливих антикорупційних конвенцій: Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 11 грудня 2003 року, Кримінальної конвенції про боротьбу із корупцією від 27 січня 1999 року, Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу із корупцією від 15 травня 2003 року, Цивільної конвенції про боротьбу із корупцією від 04.11.1999 року.

Ратифікація Україною зазначених міжнародно-правових документів спрямувала розвиток вітчизняного кримінального законодавства в контексті відповідності світовим антикорупційним стандартам. Зокрема, з метою імплементації положення ст. 20 Конвенції ООН проти корупції 2003 року, яку Україною було ратифіковано Законом України № 251-V від 18.10.2006 року, Кримінальний кодекс України на підставі Закону України від 07.04.2011 року № 3207-VI було доповнено новим складом злочину – ст. 368-2 (назва статті – "Незаконне збагачення").

У зв'язку із встановленням кримінальної відповідальності за "незаконне збагачення" у вітчизняній науці кримінального права виникли дискусії щодо обґрунтованості криміналізації цього виду злочину, щодо співвідношення складів "Одержання хабара" (ст. 368 КК) та "Незаконного збагачення" (ст. 368-2 КК).

Небагато науковців звертались до дослідження сутності "незаконного збагачення" в контексті ст. 368-2 чинного КК України.

Тим не менше, О. Дудоров та Т. Тертиченко приділили увагу питанню історії появи вказаної кримінально-правової заборони та розкриттю проблемних аспектів кримінально-правової характеристики незаконного збагачення [1], Л. Брич розглянула з позиції правозастосування питання співвідношення норми про "Одержання неправомірної вигоди" та "Незаконне збагачення" [2], В. Тютюгін дослідив питання доцільності криміналізації "Незаконного збагачення", а також співвідношення понять "хабара" і "неправомірної вигоди" як предметів відповідних злочинів [3].

Метою даного дослідження є з'ясування співвідношення складів злочинів, передбачених ст. ст. 368 КК та 368-2 КК, між собою та їх розмежування. Для цього необхідно проаналізувати ці склади за такими ознаками: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона.

Родовим об'єктом як одержання хабара, так і незаконного збагачення є суспільні відносини, що забезпечують нормальну діяльність державного і громадського апарату, а також апарату управління підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності. Безпосереднім об'єктом цих злочинів є суспільні відносини, що забезпечують нормальну службову діяльність в окремих ланках державного апарату, органів місцевого самоврядування, у державних та комунальних підприємствах, а також авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій державної та комунальної форми власності.

Обов'язковою ознакою як складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, так і складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, є предмет, оскільки ця ознака безпосередньо зазначена в диспозиціях цих статей.

Безпосередньо у статті 368 КК України відсутня дефініція поняття хабара як предмета злочинів, передбачених ст. ст. 368, 369, 370 КК України, однак, серед практичних працівників загальноновизнано, що хабар – це незаконна винагорода виключно майнового характеру. Така позиція відображена і в постанові Пленуму Верховного суду України від 26 квітня 2002 №5 "Про судову практику у справах про хабарництво", у п. 4 якої визначено, що "хабарем можуть бути майно (гроші, цінності та інші речі), право на нього (документи, які надають право отримати майно, користуватися ним або вимагати виконання зобов'язань), будь-які дії майнового характеру (передача майнових прав, вигод, відмова від них, відмова від прав на майно, безоплатне надання послуг, санаторних чи туристичних путівок, про-



ведення будівельних чи ремонтних робіт. Послуги, пільги і переваги, які не мають майнового характеру (похвальна характеристика чи виступ у пресі, надання престижної роботи), не можуть визнаватись предметом хабара» [4, с. 423]. В даному випадку законодавець описує ознаки предмета злочину, передбаченого ст. 368 КК, узагальнено як «хабар у будь-якому вигляді», вказуючи при цьому на певний вид предметів, і тому кожний з предметів даного виду має однакове значення для кримінальної відповідальності. Так, достатньою є вказівка в статтях 368, 369, 370 КК на хабар при окресленні предметів цих злочинів. З'ясування ж змісту цього поняття дає змогу зробити висновок про те, що предметами хабарництва можуть бути будь-які матеріальні цінності і майнові блага [5].

Проте в науці кримінального права залишається спірним питання про те, чи можуть виступати предметом хабара немайнові блага.

Позиція, заснована на тому, що хабар – це об'єктивно-вимірювана вигода, відображене у т. ч. у наведеній вище постанові Пленуму Верховного Суду України, полягає в тому, що предметом хабара вважаються блага, наявність яких піддається більш-менш точному, об'єктивному встановленню. З цієї позиції хабар – це винагорода, здатна покращити майнове становище хабароодержувача, предмет, який має певну мінову і споживчу вартість [6, с. 517-527].

Інше розуміння зводиться до того, що предметом хабара можуть бути блага, які задовольняють найрізноманітніші потреби, бажання, примхи людини, а отже, здатні вплинути на службову поведінку особи [6, с. 517-527].

Предметом злочину «незаконне збагачення» є неправомірна вигода.

У примітці до ст. 364-1 КК України роз'яснюється, що неправомірна вигода це грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову [7]. Викладене визначення тотожне дефініціям, наведеним у ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» та у примітці до ст. 72-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

З приводу співвідношення понять «неправомірної вигоди» як предмета корупційних правопорушень, передбачених ст. 172-2, 172-3 КУАП, статті 364-1, 365-2, 368-2, 368-3, 368-4, 369-2, 370 КК і «хабара» як предмета злочинів, передбачених статтями 368, 369 і 370 КК, у науці висловлюються різні думки.

Тацій В., Борисов В., Тютюгін В. вважають, що «хабар, як це впливає із закону, є різновидом неправомірної вигоди[8]»

Наджафов О. вважає, що «дарунок та хабар є частинами неправомірної вигоди. Дарунок, хабар та неправомірну вигоду можна розрізнити, застосовуючи принцип співвідношення частин та цілого»[9].

Брич Л. стверджує, що «поняття «неправомірна вигода», тотожне поняттю «хабар». Із назви ст. 368-2 КК України та примітки до неї випливає, що предмет цього злочину має виключно майновий характер [10, с. 1079]».

Хавронюк М., Бойко А. вважають, що «неправомірна вигода і хабар» є синонімами, оскільки у цілому відповідають спільним ознакам. Використання терміна «хабар» у статтях 368, 369 і 370 КК України, є лише даниною традиції [10, с. 1058]

Остання позиція, на мою думку, найбільш точно відображає співвідношення цих понять, враховуючи те, що поняття «неправомірної вигоди» повністю збігається із поняттям «хабара» за всіма ознаками:

1) майновий характер – як неправомірною вигодою, так і хабарем є грошові кошти, інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи;

2) незаконність підстав, оскільки ці предмети обіцяють, пропонують, надають і одержують без законних на те підстав (це означає, що у особи, яка обіцяє, пропонує, або надає зазначені предмети, так само як і в особи, яка їх одержує, немає визначених безпосередньо у законі підстав для цього у формі прямого дозволу);

3) безоплатність чи ціна, нижча за мінімальну ринкову – і неправомірну вигоду, і хабар обіцяють, пропонують, надають та одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

Таким чином, розмежування наведених складів злочинів один з одним неможливе за предметом і його слід робити за іншими ознаками, зокрема, об'єктивною стороною.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 368 КК України, полягає у вчиненні суспільно-небезпечного діяння у вигляді отримання хабара в будь-якому вигляді. Одержання хабара означає прийняття службовою особою незаконної винагороди за виконання чи невиконання в інтересах того, хто

дає хабар, або в інтересах третіх осіб якої-небудь дії з використанням наданої йому влади або службового становища. Під одержанням хабара слід розуміти реальне заволодіння цінностями, врученими службовій особі, а якщо йдеться про послуги матеріального характеру, то фактичне користування ними [11].

У теорії розмежовують хабар-підкуп, який посадова особа одержує до здійснення чи нездійснення обумовлених дій або після їх здійснення чи нездійснення в інтересах хабародавця, але за їхньою попередньою домовленістю, і хабар-винагороду, що вручається посадовій особі після здійснення чи нездійснення якої-небудь дії в інтересах хабародавця [12]. Однак, оскільки виконання чи невиконання посадовою особою відповідних дій знаходиться поза межами об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 368 КК України, відповідальність за одержання хабара настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був до вчинення цих дій він обумовлений, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити.

Щодо об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, то вона виявляється у двох альтернативних формах: 1) одержання службовою особою неправомірної вигоди; 2) передача такої вигоди її близьким родичам.

Одержання неправомірної вигоди і одержання хабара однакові за способом їх вчинення. Л. Брич вважає, що відмінність ж одержання неправомірної вигоди у складі незаконного збагачення від одержання хабара полягає у тому, що останнє здійснюється за виконання чи невиконання в інтересах того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб будь-якої дії із використанням наданої особі – суб'єкту злочину влади чи службового становища [10, с. 1080].

Цієї ж позиції притримується і О. Дудоров та Т. Тертиченко які зазначають, що "... встановлення причинного зв'язку між отриманням певної вигоди і поведінкою належного суб'єкта на службі як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони одержання хабара має виключати інкримінування норми КК України про відповідальність за незаконне збагачення[1]".

Щодо другої форми об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, яка виявляється у "передачі неправомірної вигоди близьким родичам", то Л. Брич вважає, що неправомірна вигода у складі незаконного збагачення обов'язково повинна "пройти через руки" суб'єкта злочину перед її передачею близьким родичам службової особи [10, с. 1080]. "Передачі предмета незаконного збагачення близьким родичам" немає у випадках, коли: а) неправомірну вигоду напряду надано (вручено) близьким родичам службової особи з відома останньої або службова особа прямо переадресувала (скерувала) ще не одержану нею неправомірну вигоду своїм близьким родичам; б) службова особа була поінформована про передачу неправомірної вигоди близьким родичам і не вжила заходів до її негайного повернення надавачу [10, с. 1080]".

Водночас слід зазначити, що об'єктивною стороною злочину, передбаченого ст. 368 КК України, не охоплюються подальші дії хабароодержувача із розпорядження предметом хабара (передача близьким родичам, використання у своїх інтересах, передача третім особам тощо).

За суб'єктивною стороною та суб'єктом злочину "одержання хабара" та "незаконне збагачення" не відрізняються.

Суб'єктом злочинів, передбачених ст. ст. 368, 368-2 КК України, є службова особа, визначення якої закріплено у ст. 364 КК України.

Із суб'єктивної сторони злочину, передбачені ст. 368 та ст. 368-2 КК України, характеризуються виною у формі прямого умислу та корисливим мотивом.

Таким чином, злочини, передбачені ст. 368 та ст. 368-2 КК України, мають спільні ознаки у вигляді об'єкта, предмета, суб'єкта та суб'єктивної сторони. Ознаки, що відрізняють ці злочини один від одного, полягають у змісті і обсязі об'єктивної сторони цих злочинів. Зокрема, обов'язковою ознакою злочину "одержання хабара" є те, що хабар одержується саме за виконання чи невиконання в інтересах того, хто надає таку вигоду або в інтересах третіх осіб будь-якої дії із використанням наданої особі – суб'єкту злочину влади чи службового становища. Об'єктивна сторона ж злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, охоплює лише такі випадки одержання неправомірної вигоди, коли відсутній причинний зв'язок між отриманням цієї вигоди і поведінкою суб'єкта злочину на службі, що виявляється у виконанні чи утриманні від виконання певних дій із використанням суб'єктом злочину наданої влади або службового становища.

**Список використаних джерел:**

1. Дудоров О., Тертиченко Т. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури. – 2011. – №3. – С. 28-34.
2. Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь (з урахуванням диференціації юридичної відповідальності за новим антикорупційним законодавством України) / Л. Брич // Юридичний вісник України. – 2010. – 8-14 травня. – №19(775).
3. Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? / В. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 2010. – 6-12 лютого. – №6.
4. Мельник О. М., Руснак Ю. І., Шамрай О. В. Науково-практичний коментар Закону України “Про засади запобігання і протидії корупції”. Станом на 01.01.2012. / За ред. Шамрая В. О. – К. : Видавничий дім “Професіонал”, 2012. – 464 с.
5. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. Посібн. / Л. І. Сопільник, М. П. Федоров. – Львів: Львівський державний університет бізнесу і права ГУ МВС України у Львівській області, 2012. – 464 с.
6. Дудоров О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за хабарництво/Вибрані праці з кримінального права. Переднє слово доктора юридичних наук, професора В. О. Навроцького/ МВС України, Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка, Луганськ, 2010. – 952 с.
7. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1352116096325606>.
8. Тацій В., Борисов В., Тютюгін В. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права України. В. Тацій, В. Борисов, В. Тютюгін / Право України // 2010. – №9 – С. 4-15.
9. Наджафов О. Проблеми застосування нових антикорупційних законів / О. Наджафов // Вісник прокуратури. 2011. – №11. – С. 52-56.
10. Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9 видан., переробл. та доповн. -К. : Юридична думка, 2012 – 1361 с.
11. Кришевич О. В. Кримінальна відповідальність за хабарництво та відмежування його від шахрайства/ О. В. Кришевич// Боротьба із організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2012. – №1(27) – С. 117-126.
12. Бантишев О. Ф., Рибачук В. І. Відповідальність за злочини у сфері службової діяльності: Питання кваліфікації злочинів, передбачених розділом XVII Кримінального кодексу України: Навч. посібник. – К. : Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 116 с.

**О. М. Орленко,**

*аспірант Відділу кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В. Корецького НАН України*

## ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ В МЕХАНІЗМІ БОРОТЬБИ З КІБЕРЗЛОЧИННІСТЮ

Зараз, на порозі тисячоліть, перед суспільством постає актуальне питання забезпечення своєї подальшої життєдіяльності, а саме, становлення демократії, верховенства права, закріплення принципу законності в усіх сферах суспільного життя, впровадження соціальної моралі та підвищення рівня соціальної та правової культури населення, а також боротьби зі всіма проявами злочинності, зокрема й кіберзлочинності, як однієї з основних функцій правової держави, через відповідні механізми протидії.

Невипадково ми згадуємо “багатофункціональний” принцип законності як пріоритетний у забезпеченні суспільством свого розвитку, адже поняття законності може тлумачитись по-різному, як зазначає С. Мірошніченко: “як принцип, як метод діяльності органів держави, як режим або стан, як форма державного керівництва суспільством, як невід’ємний елемент демократії, як основа нормативного життя суспільства, як найважливіша ланка правової системи, як вимога суворо дотримуватися, виконувати й застосовувати закони”. [1, с. 18] Вперше в Україні принцип законності як пріоритетний у механізмі боротьби зі злочинністю, і, зокрема, з кіберзлочинністю, було закріплено в Конституції України (стаття 8). Цей принцип передбачає, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права, Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України та повинні відповідати їй. [2] Але, як зазначає С. С. Мірошніченко: “у сучасних умовах нагальною є потреба в теоретичній розробці нової інтерпретації принципу законності та його співвідношення з принципом верховенства права”. [1, с. 18] Адже в деякому розумінні принцип верховенства права та принцип законності – поняття не тотожні. Принцип верховенства права було вперше сформульовано відомим британським конституціоністом А. Дайсі наприкінці XIX століття і, в першу чергу, як продовжує вчений, “пов’язується з дотриманням природних прав людини, процесуальними гарантіями прав і свобод, демократичними принципами судочинства тощо”. [1, с. 18] Законність, на відміну від верховенства права, існує як режим громадянського суспільства, в якому це верховенство здійснюється.

Основними принципами законності є: 1) єдність законності; 2) гарантованість основних прав і свобод громадянина; 3) невідворотність покарання за скоєне правопорушення; 4) взаємозв’язок законності і рівня культури населення.

Значення принципу єдності законності полягає, як зазначає О. Лисюткін, в “вирівнюванні правового регулювання суспільних відносин незалежно від видів нормативних актів, суб’єктів правовідношень та характеру об’єктів впливу”. [3, с. 516] Від цього, каже вчений, залежить стан законності в суспільстві. Гарантованість основних прав і свобод громадянина, продовжує він, є “одним з найважливіших принципів не лише законності, але й права, та базується на ідеї всезагального захисту індивіда та необхідності забезпечення пріоритету загально гуманітарних цінностей”. [3, с. 516-517] Принцип невідворотності покарання за скоєне правопорушення, стверджує вчений, “характеризує юридичну природу законності та визначається діяльністю суспільних та державних інститутів по її здійсненню”. [3, с. 517] Полягає цей принцип в тому, що особа, винна у скоєнні правопорушення, повинна понести за нього покарання, адекватне скоєному правопорушенню. І нарешті, останній принцип законності означає, що загальна та правова культура населення в громадянському суспільстві є “найважливішою його соціальною основою” [3, 517].

Законність забезпечується певною системою умов та засобів, які є водночас й її гарантіями. Перш за все, це: 1) повнота та ефективність юридичних норм, які регулюють відповідну сферу суспільних відносин, в даному випадку – норм, які регулюють сферу комп’ютерної злочинності або кіберзлочинності (а це понад 260 законів України, включаючи норми Кримінального кодексу України); 2) належний рівень контролю за дотриманням законності в інформаційній сфері; 3) ефективність заходів юридичної відповідальності та захисту; юридична відповідальність за скоєння комп’ютерного злочину, як зазначалось, забезпечується нормами КК України, зокрема статтями 361-363; 4) робота органів державної

влади по забезпеченню законності в різних сферах життєдіяльності суспільства, зокрема й прокуратури як спеціального суб'єкта запобіжної діяльності кіберзлочинності; 5) розвинута правова свідомість та висока правова культура населення країни, зокрема й в інформаційній сфері.

Підкреслюючи важливість цього положення, надалі вкрай необхідно вдосконалювати правову основу держави, в тому числі й принцип законності, підвищуючи його роль в регулюванні різних сфер суспільства. Це має безпосереднє відношення до проблеми удосконалення кримінального законодавства, підвищення його ефективності у протидії злочинності та кіберзлочинності в цілому. Визначити коло суспільно-небезпечних правочинів, що підпадають під дію механізму кримінально-правового регулювання кіберзлочинності, а також розмежування злочинів за ступенем тяжкості та небезпеки для існуючих суспільних відносин є пріоритетним завданням для побудови правового соціального інформаційного суспільства. Особливе місце в цій системі посідають комп'ютерні злочини або «кіберзлочини» як злочини, що посягають на інформаційну безпеку як окремого індивіда, так і цілої держави. Відповідно до розробленого нами визначення, «кіберзлочином є злочин, що скоюється фізичною особою – суб'єктом злочину, і полягає у посяганні на порядок функціонування програмного забезпечення електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і систем електрозв'язку, і за яке передбачена кримінально-правова відповідальність». [4, с. 152] Сукупність таких злочинів, скоєних на певній території за певний проміжок часу становить комп'ютерну злочинність або кіберзлочинність. Основним суб'єктом запобіжної діяльності по протидії кіберзлочинності в ряді країн і зокрема в Україні, є прокуратура, діяльність якої в інформаційній сфері «має бути спрямована на дотримання режиму законності всіма державними, громадськими інститутами та окремими індивідами». [1] Прокуратура України здійснює свою діяльність на основі принципів законності та верховенства права, втілених, зокрема, в законі про порядок своєї діяльності та функціонування «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 року. Головну соціально-правову сутність її діяльності становить, відповідно до закону, функція прокурорського нагляду за додержанням та правильним застосуванням законів у різних сферах правовідносин, і зокрема в інформаційній.

Таким чином, принцип законності в механізмі запобігання кіберзлочинності може існувати як власне принцип та режим, в якому реалізується верховенство права в інформаційній сфері. Функції з забезпечення дотримання законності в цій сфері покладено на прокуратуру як основний суб'єкт попереджувальної діяльності в сфері кіберзлочинності.

#### **Список використаних джерел:**

1. Мірошніченко С. Діяльність прокуратури з попередження організованої злочинності / С. Мірошніченко. – К., 2008.
2. Конституція України від 28 червня 1996 року, стаття 8.
3. Лисюткін О. Законність і правопорядок. / Н. І. Матузова, О. Малько// Теорія держави і права. – М., 1997.
4. Орленко О. Поняття та склад кіберзлочину: кримінологічне дослідження. / О. Орленко // Політика в сфері боротьби зі злочинністю: проблеми сьогодення. Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції. – Івано-Франківськ, 2011.



**Д. В. Подлипский,**

*Белорусский государственный университет (Беларусия)*

## **ОГРАНИЧЕНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СОУЧАСТНИКОВ В ПРЕСТУПЛЕНИИ СО СПЕЦИАЛЬНЫМ СУБЪЕКТОМ ПО ПРИЗНАКАМ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ**

В науке уголовного права одним из наиболее дискуссионных вопросов является возможность признания неспециального субъекта в качестве соисполнителя в преступлении, исполнитель которого наделяется определенными специальными признаками.

Некоторые ученые категорически отрицают возможность соисполнительства в таких преступлениях, говоря о том, что в соответствии природой данных преступлений общие субъекты могут быть лишь организаторами, подстрекателями и пособниками [1, с. 612]. Другие допускают по отношению к отдельным составам преступлений [2, с. 14], исходя из особенностей законодательной конструкции соответствующего состава, а также объективной стороны преступления.

Такая противоположность точек зрения по данному вопросу обусловлена некоторыми причинами. Так, признание либо непризнание соучастия общих субъектов в преступлениях со специальным субъектом тесно связано с понятием и признаками специального субъекта, спецификой отдельных составов преступлений в целом и их отдельных элементов, а также рядом других факторов. При рассмотрении пределов ответственности неспециального субъекта необходимо учитывать все перечисленные условия для того, чтобы всесторонне отразить существующую проблему.

Сторонники классического подхода понятия специального субъекта вопрос об ответственности соучастников решают исходя из объективного признака – конструкции объективной стороны преступления.

В случае, когда объективная сторона сконструирована таким способом, что лицо, не обладающее признаками специального субъекта, может частично выполнить ее, то это лицо признается соисполнителем данного преступления.

Профессор Б. Волженкин, поддерживая данную позицию, отмечал: "... если часть из совокупных действий, образующих объективную сторону преступления, может фактически совершить любой субъект, то, действуя в группе по предварительному сговору со специальным субъектом, он становится соисполнителем преступления" [2, с. 15].

Самым распространенным преступлением данного вида является изнасилование, специальным субъектом которого является мужчина, но в силу особенностей конструкции состава преступления женщина также способна частично выполнять объективную сторону преступления.

Подход, в котором специальный субъект рассматривается в рамках специального состава, обосновывает свою позицию по поводу влияния объективной стороны на исполнителей преступлений со специальным субъектом. Для правильного определения ответственности соучастников, согласно данной теории, необходимо отдельно рассматривать преступления, в которых только субъект специальный, и преступления, в которых специальный характер носят все элементы состава. Отнесение к той или иной группе зависит от посягательства на общий или специальный объект.

Ответственность за соучастие в преступлениях, которые характеризуются наличием только специального субъекта (изнасилование, присвоение либо растрата и др.) может наступать у исполнителя как обладающего специальными признаками, так и не имеющего такой специфики.

В рассматриваемых преступлениях посягательство осуществляется на общие объекты. Для причинения вреда не требуется вовлечение в специальные отношения, нарушения какого-либо специального порядка поведения.

В преступлениях, в которых все элементы специальные, исполнителем преступления может быть только специальный субъект. Особенность уголовной ответственности специальных субъектов состоит в том, что специальный субъект, являясь участником специальных отношений, посягает на специальные объекты. При этом признаки субъекта обусловлены особенностями данных отношений. При таком посягательстве допускается нарушение специально установленного порядка.

Посягательство на специальные отношения возможно самими участниками этих отношений – специальными субъектами путем нарушения установленного порядка. Следовательно, исполнителями преступлений со специальным составом не могут быть частные лица, потому что они не являются носителями данных специальных отношений. Однако, невозможность выполнения общими субъектами объективной стороны не исключает их ответственность в качестве организатора (руководителя), подстрекателя либо пособника.

В соответствии с этим подходом в определении понятия специального субъекта преступления, даже в случаях, когда объективная сторона специального состава преступления включает в себя действия, которые могут быть выполнены общим субъектом, последние не могут быть признаны исполнителями (соисполнителями) таких преступлений, потому что они не наделены признаками специального субъекта и не включены в систему данных отношений.

Одним из немаловажных вопросов в ограничении ответственности по признакам объективной стороны является вопрос об ответственности за опосредованное исполнение. Посредственное исполнение представляет ситуацию, когда в преступлениях со специальным субъектом их объективную сторону выполняет лицо, которое действует по его предложению, просьбе, указанию, приказу, но не обладает признаками такого субъекта. В уголовно-правовой литературе такую ситуацию называют фикцией исполнителя [4, с. 208].

Ответственность в качестве исполнителя в таких случаях должен нести специальный субъект, а лицо, фактически выполнившее объективную сторону преступления, – пособником. Н. С. Таганцев по данному поводу отмечал: "... если учиненное преступное деяние по законным условиям его состава таково, что оно предполагает наличность специального виновного, исключая возможность учинения его какими-либо другими лицами, то лицо, не обладающее этими свойствами, одинаково не может быть как непосредственным, так и посредственным его виновником. Принудивший служащего постановит неправоудное решение или отказать кому-либо в его законных требованиях может отвечать за принуждение, но не может быть признан посредственным виновником неправоудия или притеснения; воспользовавшийся душевной болезнью нотариуса или судебного следователя для составления ими подложного документа будет отвечать как виновник простого, а не служебного подлога" [3, с. 328-329].

Стоит отметить, что вопрос об ограничении ответственности соучастников по объективной стороне имеет неоднозначный характер в уголовно-правовой литературе. Вместе с тем, выработка единого подхода позволит решить важные практические задачи с точки зрения квалификации действий соучастников в преступлениях со специальным субъектом.

В связи с вышеизложенным считаем, что положение, согласно которому соисполнительство возможно только в преступлениях, в которых посягательство происходит на специальные отношения, образующие объект преступления, должно быть отражено в нормах Уголовного кодекса Республики Беларусь, посвященных ответственности соучастников в преступлениях со специальным субъектом.

#### **Список использованных источников:**

1. Беляев Н. А. Курс советского уголовного права. Часть общая / А. Н. Беляев, М. Д. Шаргородский. – СПб: Издательство Ленинградского университета, 1968. – 743 с.
2. Волженкин Б. В. Некоторые проблемы соучастия в преступлениях, совершаемых специальными субъектами / Б. В. Волженкин // Уголовное право. – 2000. – № 1. – 12 – 16 с.
3. Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Часть общ. : Лекции: В 2 т. / Н. С. Таганцев. – М. : Наука, 1994. – 393 с.
4. Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. Л. Д. Гаухмана и С. В. Максимова. – М. : Изд-во Эксмо, 2004. – 416 с.

**Є. В. Фесенко,**

*доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального та адміністративного права Академії адвокатури України*

## **ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК НАЙВАЖЛИВІША ЦІННІСТЬ, ЩО ПОТРЕБУЄ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ**

З прийняттям нового КПК України, у якому визначено злочини та проступки як види правопорушень, першочерговим завданням реформування кримінального права є визначення об'єктів кримінально-правової охорони.

Для вирішення цієї задачі необхідно:

1. Насамперед визначитись, яку концепцію покласти в основу поняття об'єкта злочину та його характеристик. На переконання автора цієї доповіді такою методологічною основою є формула “об'єкт цінності” [3, с. 134]. Адже цінне – це те, що має для людей позитивне значення. Саме тому найважливіші індивідуальні та соціальні цінності бере під захист кримінальний закон. Крім того, розуміння об'єкта злочину як ціннісної категорії дає можливість диференціації об'єктів правової охорони, їх порівняння для визначення відповідних пріоритетів.

2. Відшукати відповідь на питання, які саме соціальні та індивідуальні цінності потребують посиленого захисту, на котрі посягатимуть більш небезпечні діяння, тобто злочини, а які цінності можуть бути захищені нормами законодавства про кримінальні проступки.

3. Зазначена проблема широкомасштабна і потребує глибоких досліджень.

Оскільки рамки доповіді обмежені, торкнувся лише окремих аспектів цієї проблеми.

Відповідно до визначених на сучасному етапі розвитку суспільства ідеологічних, політичних та міжнародно-правових орієнтацій однією з найважливіших є проблема захисту прав людини.

Це зумовлено самим поняттям “права людини”. В сучасних дослідженнях воно визначається двома ознаками: змістовними і функціональними.

З точки зору змістовних ознак права людини – це її найважливіші природні, невід'ємні, невідчужувані права.

Функціональні ознаки визначають субординацію людини і держави – не людина для держави, а держава для людини. Тому першочерговим завданням держави має бути підпорядкування діяльності її органів людині, щоб забезпечити реальну можливість і гарантії для реалізації людиною цих прав.

Захист прав людини – безсумнівне досягнення демократичного суспільства.

Ці ідеї обґрунтовували прогресивні філософи, політологи, юристи минулих часів. Особлива у вага приділяється захисту прав людини і в сучасній правовій науці [2 – 4].

Ці положення регламентовані в чинних міжнародно-правових актах, основними з яких є Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р., а також Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, яка була учинена в Римі 4 листопада 1950 р. та вступила в силу в 1953 р (останні зміни від 04.11.2000 р.). Україна прийняла Конвенцію 17 липня 1997 р., чинності вона набула у вересні того ж року.

Закріплені права людини і в Конституції України.

Регламентовані в міжнародно-правових документах і Конституції України права людини зводяться до таких підгруп.

1. Громадянські (особисті) права і свободи людини та громадянина

До них належать права на життя, охорону здоров'я, особисту недоторканність; недоторканність житла; охорону приватного життя; таємність листування й телефонних розмов, поштових, телеграфних та інших повідомлень; користування рідною мовою, а також свобода пересування й вибору місця проживання, свобода совісті та ін.

При цьому значне місце, особливо у Європейській конвенції, приділено увагу захисту прав людини у сфері судочинства та виконання покарань.

2. Політичні права

До політичних належить право брати участь в управлінні справами держави (як безпосередньо, так і через представників). Формами безпосереднього здійснення громадянами політичної державної влади є референдуми, усі види участі у виборах до органів державної влади і місцевого самоврядування.

До політичних прав належать також право на об'єднання в політичні партії та громадські організації для здійснення й захисту своїх прав та свобод і задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів; право проводити збори, мітинги, походи й демонстрації тощо.

### 3. Соціально-економічні права і свободи.

Вони стосуються права на забезпечення належного рівня життя, права на власність, трудові права, права на відпочинок.

Відповідно до чинного кримінального законодавства захищаються такі права людини.

#### 1. Громадянські (особисті) права і свободи людини.

##### 1.1. Право на життя.

##### 1.2. Право на охорону здоров'я.

##### 1.3. Право на особисту недоторканність, охорону приватного життя.

##### 1.4. Право на недоторканність житла; таємність листування й телефонних розмов, поштових, телеграфних та інших повідомлень.

##### 1.5. Право на свободу пересування й вибору місця проживання, свободу совісті.

#### 2. Політичні права.

##### 2.1. Виборчі права, право брати участь у референдумі, право на об'єднання в політичні партії та громадські організації.

### 3. Соціально-економічні права і свободи.

#### 3.1. Право на власність.

#### 3.2. Трудові права.

#### 3.3. Право на свободу господарської діяльності.

Зважаючи на важливість цих прав людини немає підстав для послаблення їх захисту і в процесі реформування кримінального законодавства. Це зумовлюють приписи ст. 3 Основного закону України, відповідно до якої "людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. **Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.** Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави".

На розвиток цих положень в першій статті чинного КК наголошується, що Кримінальний кодекс України має своїм завданням **правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина**, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам.

Однак фактичний стан дотримання прав людини в Україні, на жаль, не можна визнати задовільним. Викликають занепокоєння недостатня захищеність здоров'я населення, розповсюджені посягання проти власності, поширені факти грубого порушення міжнародно-правових норм і українського законодавства в процесі притягнення особи до кримінальної відповідальності і виконання покарання тощо.

Причинами цього є недоліки як законодавства, так і практичної реалізації законодавчих приписів правоохоронними органами та судами.

З врахуванням викладеного, найближчим завданням кримінально-правової науки і органів законотворення є ретельна ревізія відповідних норм КК України з тим, щоб не допустити як невиправданої декриміналізації, так і надмірної криміналізації діянь проти прав людини.

### Список використаних джерел:

1. Фесенко Є. В. Цінності як об'єкт злочину / Є. В. Фесенко // Право України. – 1999. – №6.
2. Буткевич В. Права людини в Україні / В. Буткевич. – К., 1995.
3. Коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина (друге видання, доповнене і перероблене, за ред. Хавронюка М. І.), К. : Видавництво А. С. К., 2003; Хавронюк М. І. Сучасне загальноєвропейське кримінальне законодавство: проблеми гармонізації. – К. : Істина, 2005.
4. Рабінович Л. М. Права людини та їх юридичне забезпечення. – К., 1992.

**Е. Н. Ядченко,**

*Гомельский государственный университет им. Ф. Скорины (Беларусь)*

## РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ОСОБЕННОСТЕЙ НАЗНАЧЕНИЯ БОЛЕЕ МЯГКОГО НАКАЗАНИЯ

Усложнение связей и систем, динамизм развития деятельности в современном обществе стали характерными его тенденциями, особенно в последние десятилетия. Сложные проблемы возникли и в белорусской правовой науке по вопросам формирования и обновления законодательной базы в связи с реформированием социально-экономических отношений Республики Беларусь и интеграции ее в мировое хозяйство.

Отметим, что в настоящее время население серьезно обеспокоено не снижающимся уровнем преступности и различных правонарушений, а также слабой, по мнению общества, активностью властей в противодействии этому злу. Опасения общества понятны. Оно боится, что в результате сложных социально-экономических условий развития текущей ситуации многие его члены могут стать правонарушителями, либо окажутся жертвами правонарушений. И здесь общество ждет помощи от юристов, причем, не только в борьбе с нарушениями закона, но и в предупреждении возможных конфликтов с ним.

Только суд может сделать окончательный вывод о виновности лица в совершении преступления, и только суд может назначить ему наказание за совершенное преступление. Это положение закреплено в ст. 26 Конституции Республики Беларусь, которая определяет, что каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном Законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда [1, с. 15].

Назначая наказание, суд определяет, какой вид и размер его будет достаточен для достижения целей наказания и соответствует ли оно всем требованиям закона и обстоятельствам дела, современным тенденциям развития общества. Прежде всего, при назначении наказания должны быть соблюдены все принципы уголовной ответственности: законности, равенства граждан перед законом, вины, справедливости, гуманизма (ст. 3 Уголовного кодекса Республики Беларусь 1999 г. – далее УК). Полагаем, что суды обязаны руководствоваться каждым из этих принципов в отдельности и вместе при реализации общих начал назначения наказания.

Суд, принимая окончательное решение о виновности лица в совершении конкретного преступления, излагает его в обвинительном приговоре, и если нет законных оснований для освобождения виновного от уголовной ответственности и наказания, назначает ему наказание. Отметим, общие начала назначения наказания устанавливают правила, которыми должен руководствоваться суд при его назначении, и предписывают избрать его в пределах, предусмотренных санкцией статьи Особенной части УК, по которой квалифицируется преступление. Однако, из этого общего правила имеется одно исключение, которое допускает возможность назначения наказания более мягкого, чем предусмотрено законом. Это исключение установлено для тех случаев, когда даже минимальное наказание, предусмотренное в законе, оказывается, учитывая обстоятельства дела, слишком суровым.

Исторически уголовное законодательство в разные периоды своего развития устанавливало правила, когда виновному могло быть определено наказание ниже, чем предусмотрено законом за конкретное преступление.

Возможность снижения наказания устанавливало Уголовное уложение 1903г. при наличии обстоятельств, “влияющих на вину и наказание”. К числу таких обстоятельств относились, например, явка с повинной, искреннее раскаяние, прежняя безупречная служба, длительное пребывание под следствием и т. д. [2, с. 223]. Возможность снижения наказания ниже низшего предела устанавливало и законодательство советского периода. Так, для смягчения наказания ниже низшего предела требовалось лишь приведение в приговоре соответствующей мотивировки [2, с. 227]. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом, определялось также ст. 37 Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958г., где суду предписывалось, помимо исключительных обстоятельств дела, дополнительно принимать во внимание личность виновного. Уголовный кодекс Белорусской ССР, принятый 29 декабря 1960г. четвертой сессией Верховного Совета БССР пятого созыва,



как более поздний акт, имеет некоторые преимущества перед Основами уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г., связанные с возможностью более полно учесть веления времени. Он содержит ряд статей, позволяющих устанавливать более мягкое наказание, чем предусмотрено за данное преступление, например ст. ст. 39-42. Так ст. 42 гласит: “Суд, учитывая исключительные обстоятельства дела и личность виновного и признавая необходимым назначить ему наказание ниже низшего предела, предусмотренного законом за данное преступление, или перейти к другому, более мягкому виду наказания, может допустить такое смягчение с обязательным указанием его мотивов” [2, с. 240]. Данный подход сохранен, существенно уточнен и дополнен в ст. 70 УК 1999 г. Так, согласно действующему Уголовному кодексу Республики Беларусь суд не вправе назначить другой вид наказания или выйти за пределы более тяжкого из них, чем указано в санкции статьи. Однако закон предусматривает исключения [3, с. 41].

Суд с учетом личности виновного при наличии исключительных обстоятельств, связанных с целями, мотивами, ролью лица и его поведением во время или после совершения преступления, которые существенно уменьшают степень общественной опасности деяния, согласно ч. 1 ст. 70 УК, может назначить наказание ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК, либо назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрено этой статьей, либо не применить дополнительное наказание, предусмотренное в качестве обязательного. Назначение наказания ниже низшего предела, предусмотренного санкцией статьи Особенной части УК, имеет место тогда, когда суд, избрав самый мягкий вид наказания из перечисленных в санкции, полагает, что минимальный срок этого вида наказания в отношении данного обвиняемого чрезмерно высок и наказание должно быть мягче. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление, при наличии исключительных обстоятельств, перечисленных в ст. 63 УК, имеет место в тех случаях, когда суд полагает невозможным применение видов наказания, перечисленных в санкции.

Назначение более мягкого наказания по совокупности преступлений и по совокупности приговоров осуществляется согласно ст. ст. 72, 73 УК. Согласно ст. 70 суд вправе назначить только основное наказание без применения дополнительного наказания.

Названные исключения не изменяют общего правила и представляют собой особенности назначения наказания с учетом конкретных и индивидуальных обстоятельств дела. Наличие смягчающих обстоятельств свидетельствует о меньшей степени опасности виновного и дает основание суду назначить ему менее строгое наказание, т. е. ближе к его минимуму, или же минимальное наказание в пределах санкции статьи, по которой квалифицируется преступление. Смягчение наказания может происходить в рамках одного вида наказания или же в избрании другого, более мягкого вида наказания при альтернативной санкции закона. При наличии хотя бы одного из смягчающих обстоятельств, указанных в пп. 1, 3, 4 ст. 63 УК, и отсутствии отягчающих обстоятельств, названных в ст. 64 УК, срок или размер наказания не может превышать половины максимального срока или размера избранного судом вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК (ст. ст. 69, 70 УК). Правила, предусмотренные ч. 1 ст. 69 УК, не применяются в отношении лица, совершившего особо тяжкое преступление, сопряженное с умышленным лишением жизни человека при отягчающих обстоятельствах. Исключительными могут быть признаны как отдельные смягчающие обстоятельства, так и совокупность таких обстоятельств (ч. 2 ст. 70 УК). По правилам ч. 1 ст. 71 УК назначается наказание, если после вынесения приговора по делу будет установлено, что осужденный виновен в другом преступлении, образующем повторность с преступлением, за которое он осужден. В этом случае в срок окончательно назначенного наказания засчитывается наказание, отбытое полностью или частично по первому приговору (ч. 2 ст. 71 УК). Считаем возможным при назначении окончательного (более мягкого) наказания, чем предусмотрено за данное преступление, складывать альтернативные лишению свободы виды наказаний. В связи с этим предлагается в ч. 3 ст. 72 УК предусмотреть следующее положение: при назначении двух и более видов наказаний, ни одно из которых не является лишением свободы, окончательное наказание назначается путем поглощения менее строгого наказания более строгим. Его следовало бы применять, например, при совокупности умышленного (тяжкого или особо тяжкого) и неосторожного преступлений, при идеальной совокупности преступлений, то есть когда степень опасности преступлений, составляющих совокупность, имеет существенную разницу.

В ходе анализа учебной литературы, монографий, научных статей отечественных и зарубежных авторов, соответствующих статей УК по вопросу назначения наказания, установлено, что абсолютное

большинство санкций УК являются либо относительно определенными, либо альтернативными, сочетаясь в разных вариантах друг с другом. Так, незаконное помещение в психиатрическую больницу заведомо психически здорового лица либо незаконное удержание такого лица в психиатрической больнице наказываются штрафом, или ограничением свободы на срок до трех лет, или лишением свободы на тот же срок с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или без лишения. Данная санкция является альтернативной по видам наказания, а по каждому виду наказания – относительно определенной. Также установлено, что законодатель старается предоставить суду максимальные возможности для индивидуализации наказания, конструируя новые санкции статей УК, поскольку разнообразие жизненных ситуаций и комбинации обстоятельств, смягчающих наказание, исключительные обстоятельства конкретного дела показывают, что назначение наказания, которое равняется минимуму санкции статьи, или назначение более мягкого вида наказания при санкции альтернативной, может быть в некоторых случаях весьма сурово, резко не отвечает обстоятельствам дела и, таким образом, не отвечает той цели, которая сформулирована в ст. 44.

Таким образом, в действующем УК сделан важный шаг вперед в регламентации особенностей назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление. Это, безусловно, будет способствовать назначению справедливых наказаний и придаст иное качество применению судами норм уголовного закона. Суд с учетом характера и степени общественной опасности преступления, а также данных о личности виновного сможет назначить ему справедливое наказание, которое бы в максимальной степени соответствовало бы целям наказания – исправлению осужденного и предупреждению совершения им новых преступлений, возвращению к социально полезной деятельности. Наказание должно прививать уважение к законам, формировать навыки правопослушного поведения.

#### **Список использованных источников:**

1. Конституция Республики Беларусь от 15 марта 1994г. : с изм. и доп. Республиканских референдумов от 24 ноября 1996, 17 октября 2004. – Минск: Амалфея, 2010. – 24 с.
2. Бажанов М. М. Назначение наказания по советскому уголовному праву / М. М. Бажанов. – К. : Вища школа, 1980. – 279 с.
3. Уголовный Кодекс Республики Беларусь: с изм. и доп. по состоянию на 27 декабря 2010 г. – Минск : Амалфея, 2011. – 304 с.

**Е. Н. Ядченко,**

*Гомельский государственный университет им. Ф. Скорины (Беларусь)*

## **К ВОПРОСУ ОБ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРКОПРЕСТУПЛЕНИЯ**

Все многообразие видов наркомании существует издавна, и наш век высоких технологий не внес ничего принципиально нового в этой области. Человек испокон веков искал и ищет способы доставить себе удовольствие, облегчить свои страдания, спрятаться от пугающей его действительности путем применения различных одурманивающих веществ. В последние годы связанная с наркотиками преступность приобретает грандиозные масштабы и на мировом уровне. По данным Международного валютного фонда, совокупный финансовый объем мирового наркотрафика равен приблизительно 320 млрд. долларов США в год, что составляет 2,2% от объема ВВП стран Европейского союза. В 146 странах мира объем наркорынка превосходит показатель ВВП. Всего в мире около 200 млн. человек, по оценкам ВОЗ, вовлечены в постоянное потребление наркотиков [1, с. 87]. В современной Беларуси, как и в большинстве стран мира, отмечается устойчивая тенденция прогрессирующего распространения потребления наркотиков. За последние 20 лет количество наркопотребителей, по данным Минздрава, увеличилось более чем в 20 раз и в 2011г. превысило 13 тыс. человек. С учетом высокой степени латентности общее число употребляющих наркотики в республике, по оценкам экспертов, составляет более 70 тыс. человек. Наиболее наркоактивной социально-демографической группой является молодежь. Отметим, возраст первичного их потребления имеет тенденцию к снижению и в настоящее время составляет 14-18 лет. Наибольший интерес к наркотикам проявляют, по данным социологического опроса, проведенного в стране, школьная учащаяся 14-17-летняя молодежь, подростки, которые не учатся и не работают, студенты первых курсов колледжей, ссузов и вузов, молодые мигранты из села в город, несовершеннолетняя городская молодежь [1, с. 101]. Наркотизация населения отрицательно влияет на здоровье нации, демографическую ситуацию, влечет распад семей, способствует росту преступности. Незаконные и, прежде всего, уголовно-наказуемые действия лиц, предметом которых являются наркотики, в свою очередь, создают условия для распространения их потребления, вовлечения в среду наркопотребителей новых членов. Распространение наркотиков представляет серьезную опасность для всего общества. Высокий уровень и негативная динамика потребления наркотиков и наркопреступности причиняют обществу большой экономический, социальный и моральный ущерб, препятствуют его устойчивому развитию.

Потребление наркотиков как одна из форм такого поведения имеет антисоциальный, деструктивный характер, проявляющийся в снижении положительного потенциала общественного воспроизводства и нормального функционирования социума. Более того, в силу специфики воздействия наркотиков на человека, высокой степени латентности и относительной отдаленности наступления негативных последствий (например, по сравнению с преступным поведением) потребление наркотиков представляет собой менее явную, но вполне реальную угрозу жизнедеятельности белорусского общества, национальной безопасности страны. Если в качестве базового взять 1990 год, то к 2009 году количество зарегистрированных преступлений, связанных с наркотиками (ст. ст. 327-332 УК Республики Беларусь) в Республике Беларусь увеличилось в 11,7 раза. В состоянии наркотического возбуждения в 2009г. было совершено 1259 преступлений (общее количество зарегистрированных – 151293), то есть каждое 120-е преступление.

Можно со всей определенностью сказать, что данное явление представляет непосредственную и реальную угрозу здоровью не только отдельной личности, но и нации в целом. В этой связи преступления, связанные с нарушением порядка обращения наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, признаны уголовно наказуемыми и составляют в Уголовном кодексе Республики Беларусь (далее – УК) особую группу: преступления против общественной безопасности и здоровья населения. Уголовная ответственность за преступления данной группы в УК регламентирована статьями 228, 327-332 УК. Совершение преступления в наркотическом состоянии признается обстоятельством,отягчающим уголовную ответственность (ст. 64 УК), что образует признак объективной

стороны некоторых составов преступлений (ч. 1 ст. 317, 318 УК) [1, с. 107-110]. Санкциями названных статей за эти преступления предусмотрены такие виды наказания, как лишение свободы; ограничение свободы; штраф; арест. Штраф очень редко на практике применяется в качестве меры наказания за данные преступления. Назначение более мягкого наказания, как и назначение наказания ниже низшего предела, также не практикуется. Основной вид назначения наказания – лишение свободы на разный срок. На втором месте после лишения свободы ее ограничение, применение которого в течение рассматриваемого периода стабильно расширяется. В 2009 г. судами, наряду с наказанием за совершенное преступление, было применено принудительное лечение от наркомании к 1244 осужденным (общее число осужденных 62064), то есть к каждому 50-му преступнику [1, 2].

Уголовное наказание как мера государственного принуждения, есть и будет мощным средством решительного воздействия на преступность в соответствии с его целями, одним из важных государственных рычагов локализации и нейтрализации наркопреступности, сокращения ее уровня. От эффективности борьбы с данным видом преступлений зависит не только предупреждение более опасных преступлений, но и здоровье нации. В связи с этим, противодействие распространению наркотиков является одной из наиболее актуальных проблем современности. В этом плане отметим некоторые проблемные моменты и особенности при квалификации наркопреступлений и подчеркнем актуальность внесения ряда дополнений в статьи (например, 328) УК Республики Беларусь, устанавливающих ответственность за преступления по незаконному обороту наркотиков. Так, в ч. 3 ст. 328 УК размер прекурсоров наркотических средств и психотропных веществ *не имеет значения для квалификации*. Незаконный оборот *“наркотических средств или психотропных веществ в крупном размере”* с целью сбыта квалифицируется по ч. 3 ст. 328 УК. Эти же действия в отношении их прекурсоров в крупном размере уже следует квалифицировать по ч. 2 ст. 328 УК. Согласно содержанию статьи прекурсоры во всем приравниваются к наркотическим средствам и психотропным веществам. В данном случае, почему законодатель отказался от такого подхода, не ясно. Это же характерно и для ст. 228 УК, где прекурсоры наркотических средств и психотропных веществ не отнесены законодателем к предметам данного преступления. В связи с этим предлагается ч. 3 ст. 328 УК дополнить словами *“... и их прекурсоров в крупном размере...”*, а также ввести слово *“... и их прекурсоров”* в ч. 2 и ч. 3 ст. 228 УК.

Определяя направления совершенствования института уголовно-правовой ответственности за наркопреступления, нами также предлагается ч. 3 ст. 328 УК, а именно, абзац 1 ч. 3 ст. 328 УК дополнить квалифицирующим признаком – *субъектом приобретения при незаконном наркосбыте*, изложив его в следующей редакции: *“Действия, предусмотренные частью 2 настоящей статьи, совершенные группой лиц, либо должностным лицом с использованием своих служебных полномочий, либо лицом, ранее совершившим преступления, предусмотренные статьями 327 – 329 или 331 настоящего Кодекса, либо в отношении наркотических средств или психотропных веществ в крупном размере, либо в отношении особо опасных наркотических средств или психотропных веществ, либо сбыт наркотических средств, психотропных веществ либо их прекурсоров заведомо несовершеннолетнему, либо на территории учреждения образования, организации здравоохранения, воинской части, исправительного учреждения, арестного дома, в местах содержания под стражей или в месте проведения спортивных, культурно-массовых либо иных массовых мероприятий ...”*. Уточнение необходимо, так как просто сбыт уже квалифицирован в ч. 2 данной статьи. Более строгое наказание предполагается, если сбыт осуществляется несовершеннолетнему, тем более в соответствующих местах и учреждениях его пребывания.

В заключении отметим, что несмотря на принимаемые меры, ужесточение уголовной политики, ситуация по вопросу наркопреступности в Республике Беларусь, продолжает оставаться сложной.

#### Список использованных источников:

1. Голякова И. В. Наркомания и наркопреступность / И. В. Голякова. – Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 2011. – 367с.
2. Анализ состояния наркопреступности в Республике Беларусь. – Мн. : НПЦ проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, 2011. – 96 с.



**Судоустрій,  
прокуратура, адвокатура**

**Судоустройство,  
прокуратура, адвокатура**



**The judicial system,  
prosecutors, lawyers**



**О. Л. Калина,**

*Витебский государственный университет им. П. М. Машерова (Беларусь)*

## **АДВОКАТСКОЕ РАССЛЕДОВАНИЕ КАК ОДНА ИЗ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ФОРМ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ**

Актуальность данной темы обусловлена, в первую очередь, тем, что в науке уголовно-процессуального права речь об адвокатском расследовании ведется давно, но конкретного исследования данного института не проводилось. В настоящее время остается немало нерешенных проблем, которые могли бы исчезнуть при введении института адвокатского расследования. Однако в Республике Беларусь такому понятию как адвокатское расследование уделено мало внимания, хотя, на наш взгляд, требуется более тщательная разработка указанного института.

Закрепление в уголовно-процессуальном законодательстве такого понятия как “адвокатское расследование” должно разрешить существующие проблемы на стадии предварительного расследования, в частности, касающиеся собирания и представления доказательственного материала.

Так, с помощью введения института адвокатского расследования существующие проблемы на стадии предварительного расследования могли бы быть разрешены следующим образом:

1. Несмотря на то, что право на собирание сведений, касающихся обстоятельств дела, путем опроса физических лиц либо при истребовании документов, которые требуются для защиты прав подозреваемого или обвиняемого и оказания им юридической помощи, закреплено в ст. 103 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (далее УПК Республики Беларусь) [1], в уголовно-процессуальном законодательстве отсутствует процедура собирания сведений и истребования документов адвокатом, что создает серьезные препятствия для развития состязательности сторон в уголовном процессе.

2. Отказ в удовлетворении ходатайства о проведении необходимого процессуального действия требует наличия эффективного механизма обжалования. Существующий в настоящее время порядок обжалования содержит ряд существенных противоречий, не позволяющих осуществить беспристрастную оценку необходимости проведения того или иного процессуального решения. В свою очередь исследователи А. А. Рогаткин и И. Л. Петрухин считают, что “требование защитника о производстве того или иного следственного действия должно быть обязательно для следователя. Защитник должен иметь право участвовать в проведении этого действия, получить на руки его протокол, который он может представить следствию и суду для доказывания обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смягчающих его ответственность” [2, с. 107], что является вполне обоснованным и соответствующим установленному уголовным процессом принципу состязательности.

3. Полномочия по собиранию доказательств предоставлены адвокату ч. 3 ст. 103 УПК Республики Беларусь, однако полномочия по проверке доказательств законодатель предоставил только органу уголовного преследования и суду, что является необоснованным, процесс же оценки доказательств не содержит персонификации субъектов. Хотелось бы обратить внимание и на такой прогрессивный институт, механизм которого широко используется в Российской Федерации, – это предварительное слушание, с помощью которого можно признавать доказательства, полученные адвокатом в ходе самостоятельных процессуальных действий, не имеющими юридического значения. Основанием для этого служат аргументы о том, что они получены с нарушением установленного порядка, хотя такой порядок в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации не закреплен. Необходимо, чтобы орган, ведущий уголовный процесс, приобщал к материалам дела все сведения, доказательства, представленные стороной защиты в лице как подозреваемого или обвиняемого, так и его адвоката, а не передавал на субъективное решение представителю одной стороны реализацию процессуального права, принадлежащего другой стороне.

Назрела и необходимость введения составляемого адвокатом акта добровольного представления ему различными лицами предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела. В законе такой процессуальной формы получения доказательств не закреплено, что требует восполнения данного пробела.

Обозначенные проблемы требуют разрешения через внесение в законодательство соответствующих изменений и дополнений, и на наш взгляд, искоренение данных и других существующих пробелов в законодательстве можно было бы разрешить путем введения адвокатского расследования. Оставление этих проблем без внимания способно оказывать негативное влияние не только на деятельность адвокатуры как правозащитной организации, но и на интересы государства, общества и отдельной личности. В состязательном уголовном процессе демократических государств адвокат должен быть равноправным по отношению к суду, прокурору и следователю.

Идея адвокатского расследования нашла свое отражение в публикациях ученых и практиков Российской Федерации, вызвав серьезную дискуссию как в аспекте ее целесообразности, так и в разрезе многочисленных вопросов нормативного, организационного и тактического плана.

В отличие от зарубежных стран, которые уже давно используют адвокатские расследования и расценивают их результаты как полноценные доказательства, в Республике Беларусь данная деятельность не получила должного развития и применения. Органы, осуществляющие предварительное расследование, полагают, что адвокат такой деятельностью способен помешать ходу следствия, что может привести к утрате следов преступления и другой информации. Однако на самом деле адвокатское расследование кардинально отличается от параллельного расследования, при котором и может возникнуть утрата доказательств, главным образом, уличающих, так как деятельность защитника должна быть направлена на сбор смягчающих вину доказательств.

Адвокатское же расследование принципиально и по многим параметрам отличается от параллельного или альтернативного расследования. В первую очередь тем, что защитник проводит свое расследование по уголовному делу, которое возбудили прокурор, следователь, и в пределах, обозначенных ими. Причем адвокат производит расследование не параллельно проводимому следователем, а в дополнение к тому, что эти должностные лица уже выяснили, учитывая интересы подзащитного, ведь нарушенные права лиц не всегда защищаются надлежащим образом. Отдельные представители государственных органов предпочитают игнорировать свои законные и должностные обязанности, пренебрегают необходимыми процедурами.

Адвокатское расследование должно производиться факультативно лишь тогда, когда сторона защиты в лице подозреваемого, обвиняемого и их защитника придет к выводу, что во время проведения предварительного следствия не установлены или неполно установлены обстоятельства, имеющие значение для защиты прав, свобод и законных интересов подзащитного, а также в случаях, когда с достаточной полнотой не собраны доказательства, характеризующие личность подозреваемого или обвиняемого и влияющие на вид и размер наказания, которое может быть назначено.

Во время адвокатского расследования при выявлении, собирании и закреплении доказательств адвокат не будет ограничен пределами предварительного следствия и вправе собирать все доказательства, которые по его внутреннему убеждению могут иметь значение для оказания квалифицированной юридической помощи, осуществления права на защиту или представительства по уголовному делу. Адвокатское расследование позволит реально влиять на ход и исход производства по уголовному делу, поскольку сопряжено с участием в уголовно-процессуальном доказывании, то есть в самой важной сфере уголовно-процессуальной деятельности. [3, с. 207]

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что адвокатское расследование позволит преодолеть проблемы, существующие в настоящий момент в уголовном процессе при осуществлении защитником своей деятельности.

#### **Список использованных источников:**

1. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь 16 июля 1999 г. № 295-3 (ред. от 03.01.2012 г.), – “Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь”, 2012, №4, 2/1877.
2. Рогаткин А. А. О реформе уголовно-процессуального права РФ / А. А. Рогаткин, И. Л. Петрухин // Проблемы российской адвокатуры: собр. ст. – М., 1997. – С. 107-108.
3. Мартыничук Е. Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования / Е. Г. Мартыничук. – М. : Юрист, 2009. – 258 с.

**С. В. Оверчук,**

*кандидат юридичних наук, адвокат, завідувач кафедри загальнотеоретичних правових дисциплін Рівненського інституту  
ту Київського університету права НАН України*

## **СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСЯЖНИХ В УМОВАХ НАБРАННЯ ЧИННОСТІ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ**

Прийняття Верховною Радою України нового Кримінального процесуального кодексу призвело до необхідності формування низки нових правових інститутів, зокрема, інституту присяжних. Запровадження цього інституту стало важливим етапом судової реформи, дозволивши реалізувати конституційну вимогу щодо функціонування двох форм участі народу у здійсненні правосуддя: народних засідателів і присяжних.

Реалізація закладеного в інститут суду присяжних потенціалу вимагає чіткого налагодження його механізму, зокрема, вироблення чітких критеріїв відбору осіб до складу лави присяжних, виходячи з універсального принципу натуралістичної юриспруденції.

В аспекті дослідження немає потреби включатись до багатовікової суперечки про позитивні і негативні сторони цього суду та доцільність його існування в принципі. Ю. І. Стецовський вказує, що недоліки можна виявити і в суді присяжних, однак кращий суд людству поки що невідомий. А втім, і демократія – найгірша форма правління, якщо не вважити всі інші [1, с. 245]. Законодавець поставив крапку в цьому питанні, встановивши потребу в ньому безпосередньо в Конституції України. Однак, залишається не менш спірна проблема, від вирішення якої залежить ефективність та успіх інституту суду присяжних, пов'язана із визначенням внутрішньої структури цього суду, процесуальної форми його діяльності, а також статусу присяжних.

Відповідно до Закону України від 13 квітня 2012 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України” включено новели до Закону “Про судоустрій та статус суддів”, які визначили організаційні питання залучення присяжних в кримінальному процесі. Згідно зі ст. 57 Закону України “Про судоустрій та статус суддів” народним засідателем, присяжним є громадянин України, який у випадках, визначених процесуальним законом, вирішує справи у складі суду спільно із суддею (суддями), забезпечуючи згідно з Конституцією України безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя. Народні засідателі, присяжні під час розгляду і вирішення справ користуються повноваженнями судді.

Отже, законодавець пішов шляхом універсалізації статусу народних засідателів та присяжних, не взявши до уваги того, що вони є представниками різних правових інститутів і мають відмінні функціональні обов'язки.

В Україні запроваджено суд присяжних у складі лише однієї колегії, без розподілу на суддів факту та суддів права. Згідно з ч. 3 ст. 31 нового КПК України кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, здійснюється колегіально судом у складі трьох професійних суддів, а за клопотанням обвинуваченого –

судом присяжних у складі двох професійних суддів та трьох присяжних.

Аналіз складу нового суду та статусу присяжних свідчить про те, що в Україні пропонується запровадити суд шефенів під назвою “суд присяжних”. Проте, в суді присяжних народний елемент виконує дещо інші функціональні повноваження, ніж в суді шефенів, що визначається його розмежуванням з коронним елементом. Особливістю суду присяжних є його поділ на дві автономні колегії: колегію присяжних та колегію професійних суддів. Це дозволяє відокремити питання про винуватість від питання про покарання. Відомий процесуаліст Г. І. Чангулі підкреслює, що саме роздільна нарада присяжних засідателів без участі суддів професіоналів є істотною особливістю такого суду і саме у самостійності прийняття присяжними засідателями рішень полягають перевага цієї форми суду і головний засіб позбавлення існуючого суду від недоліків [2, с. 711]. Така специфіка складу суду створює систему важелів і протизваг проти свавілля, збільшує вірогідність прийняття справедливого рішення, обмежує можливість зловживань та тиску на суд.

Так, присяжні при винесенні вердикту керуються передусім власною совістю, здоровим глуздом та нормами моралі суспільства. В свою чергу професійні судді своє рішення формують на основі закону. “Спочатку вердикт совісті, потім вирок за законом”, – от формула суду присяжних. Тобто особливість архітектури суду присяжних дозволяє застосувати одночасно і природне право (колегія присяжних), і позитивне право (професійні судді). Це унікальне поєднання відкриває можливість суду присяжних максимально ефективно реалізувати універсальні закони соціального натуралізму, оскільки дозволяє не протиставляти один одному два права: “позитивне право” і “природне право”, а зіставляти їх між собою як два невіддільних аспекти одного і того ж соціального феномену – права. Саме такий механізм співіснування “природного” і “позитивного” складає основу “натуралістичної юриспруденції” [див. : 3, с. 66].

Таке поєднання є неможливим в інших складах суду. Зокрема, суд шефенів, незважаючи на поєднання у своєму складі народного і коронного елементів, усе ж не спроможний повною мірою врахувати та об’єднати норми моралі і закону. Єдина колегія, члени якої приймають рішення спільно, завжди надає перевагу лише одному з елементів, і це, зазвичай, закон в особі професійного судді.

Створення в Україні одноколегіального суду присяжних у форматі суду шефенів порушило взаємодію двох складових суду, чим унеможливлено виконання присяжними своєї природної функції при здійсненні правосуддя. Крім того, незалежність присяжних нівельована статтею 391 нового КПК, яка визначила порядок наради і голосування в суді присяжних, встановивши, фактично, підконтрольність присяжних головуючому судді.

*Отже, запроваджена в Україні процесуальна форма участі присяжних у здійсненні кримінального судочинства спільно з професійними суддями в складі однієї колегії, суперечить правовій сутності цього інституту, оскільки вона призвела до його ототожнення з інститутом народних засідателів (шефенів). Виходячи з цього, можна стверджувати, що конституційна вимога щодо створення в Україні суду присяжних залишається невиконаною.*

Ефективність функціонування інституту присяжних безпосередньо залежить від якісного складу осіб, які його реалізують. Корпус присяжних є своєрідним соціальним “зрізом” суспільства, у якому віддзеркалюються всі його вади і переваги і який перебуває у безпосередній залежності від стану правової культури громадян держави. Це не виключає вірогідності потрапляння до лави присяжних людей з низькими моральними якостями. Необхідність відбору найкращих представників суспільства, здатних прийняти справедливе рішення, вимагає встановлення низки обмежень щодо участі громадян в якості присяжних. Інший шлях – це підвищення загального культурного рівня всього населення країни, що дозволить скоригувати відсоток потрапляння до суду присяжних осіб, життя яких співвідноситься з законами природи.

З позиції теорії соціального натуралізму необхідно визначити коло осіб, які здатні прив’язати закон до природного права, застосовуючи свій життєвий досвід, правову культуру, совість, знання норм реального суспільного життя. “Клас людей, у яких воля і свідомість узгоджені із законами соціальної природи, – відзначає академік О. М. Костенко, – можна назвати “соціономами”, а клас людей, воля і свідомість яких не узгоджені із цими законами, – “соціопатами” [3, с. 31]. Беручи до уваги дану позицію, доцільно формувати лави присяжних з “соціономів”, шляхом законодавчого обмеження доступу до здійснення правосуддя “соціопатів”. Проте, віднесення особи до класу “соціопатів” в більшості випадків є можливим лише за умови прямого прояву комплексу сваволі та ілюзій у вигляді правопорушень та злочинів. “Скриті” прояви цього комплексу не підлягають регулюванню законодавством.

*Отже, шляхом встановлення законодавчих обмежень необхідно забезпечити домінування в складі колегії присяжних осіб, чия свідомість не вражена комплексом сваволі та ілюзій. Визначальним фактором є міра узгодженості волі і свідомості кандидатів у присяжні із законами соціальної природи.*

Законодавча практика відбору осіб для здійснення правосуддя знає низку цензів виявлення “гідних”: віковий, освітній, територіальний, фізіологічний, становий, фінансовий тощо. Всі ці критерії сформульовані на те, щоб відсіяти осіб, не здатних об’єктивно оцінити докази у справі та прийняти справедливе рішення. Згідно з чинним законом, народним засідателем, присяжним може бути громадянин України, який досягнув тридцятирічного віку і постійно проживає на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного суду.

Законодавець у статті 59 Закону України “Про судоустрій та статус суддів” також визначив коло громадян, які не підлягають включенню до списків народних засідателів та списків присяжних. Так,



за професійною ознакою не можуть бути присяжними народні депутати України, члени Кабінету Міністрів України, судді, прокурори, працівники органів внутрішніх справ та інших правоохоронних органів, військовослужбовці, працівники апаратів судів, інші державні службовці, адвокати, нотаріуси. Враховуючи законотворчий досвід, на нашу думку, доцільно також уточнити та розширити цей перелік і встановити заборону до участі у якості присяжних священнослужителів, керівників органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, лікарів. У законі належить також встановити заборону щодо обрання присяжними юристів, які ще навчаються або вже мають диплом, а також осіб, які безпосередньо працюють у сфері юриспруденції. Обмеження залучення юристів до колегії присяжних викликано тим, що вердикт присяжних має бути заснований на природному праві, без урахування норм позитивного права. Особа з юридичною освітою міркує категоріями закону, а це вже прерогатива професійного судді. Кожний з двох елементів суду, коронний і народний, мають виконувати свою, чітко окреслену функцію.

Суттєвим недоліком чинного законодавства є можливість вільного трактування його окремих норм, зокрема, щодо заборони включення до списків народних засідателів та списків присяжних працівників “інших правоохоронних органів” (п. 4 ч. 2 ст. 59 Закону України “Про судоустрій та статус суддів”). Як доречно зазначає д. ю. н. О. М. Музичук, у чинному законодавстві відсутній вичерпний перелік правоохоронних органів, оскільки різними нормативно-правовими актами або називається їх різна кількість, або їх перелік закінчується словами “та інших органів” [4, с. 59]. Простежується також і різне тлумачення поняття “правоохоронні органи” в юридичних працях різного періоду. За таких умов застосування абстрактних посилань на систему правоохоронних органів в нормах законів є неприпустимою законотворчою практикою.

У цьому контексті, доцільним було б також виключити з цієї ж статті формулювання “інші державні службовці”, та додати конкретне посилання на відповідну норму Закону України “Про державну службу”, як це зроблено, наприклад, в ч. 9 ст. 31 нового КПК України. Це дозволить конкретизувати коло осіб, обмежених у конституційному праві взяти участь у здійсненні правосуддя в якості народного засідателя або присяжного, а також уникнути практики суб’єктивного тлумачення положень відповідного закону.

Теоретично та практично виправданою є встановлена в чинному законі заборона щодо включення до списків присяжних громадян, які визнані судом обмежено дієздатними або недієздатними, мають хронічні психічні чи інші захворювання, що перешкоджають виконанню обов’язків народного засідателя, присяжного, а також, які мають не зняту чи не погашену судимість. Так, наприклад, злочинець – це особа, у якої воля перебуває у стані сваволі, а свідомість – у стані ілюзій, утворюючи так званий комплекс сваволі й ілюзій, що проявився у виді вчинення злочину [3, с. 79]. Отож, особа, судима за злочин, внаслідок викривленого світогляду зазвичай уже не в змозі відрізнити природне від неприродного і, відповідно, не може бути обраною до складу присяжних. Так само і психічно хвора особа внаслідок змін у свідомості не здатна бути провідником природного права, а відповідно і присяжним.

Інша категорія випадків, за яких держава використовує обмеження щодо включення громадян у список народних засідателів і присяжних, визначається граничним віком особи. Згідно із законом, народним засідателем та присяжним може бути громадянин віком від тридцяти років до шістдесяти п’яти років. Зрозумілою є позиція законотворця обмежити максимальний вік цих осіб та встановити його в межах, визначених для судді. Проте нижня вікова планка є на п’ять років вищою ніж це передбачено для кандидатів на посаду судді, що вкотре ставить актуальне питання про підвищення вікового цензу для суддів в Україні.

Окремою вимогою до народних засідателів та присяжних є володіння державною мовою. Це питання актуалізується внаслідок набрання чинності Законом України “Про засади державної мовної політики” в статті 14 якого зазначається, що судочинство в Україні у цивільних, господарських, адміністративних і кримінальних справах здійснюється державною мовою. У межах території, на якій поширена регіональна мова, що відповідає умовам частини третьої статті 8 цього Закону, за згодою сторін суди можуть здійснювати провадження цією регіональною мовою. Обов’язковість знання державної мови встановлена тільки для професійного судді. Питання, щодо виключення за цим критерієм осіб зі списків народних засідателів та списків присяжних, а також вирішення процесуальних проблем багатомовності судочинства залишається відкритим.

Отже, вимоги до народного засідателя та присяжного, закріплені в ст. 59 Закону України “Про судоустрій та статус суддів”, потребують подальшого удосконалення шляхом їх конкретизації та



*приведення у відповідність до демократичних засад правосуддя з метою виключення осіб, які не можуть виконувати цей почесний обов'язок громадянина, а також тих осіб, об'єктивність яких заздалегідь здатна викликати сумніви. З позиції соціального натуралізму вимоги до присяжних мають визначатися в залежності від того, чи здатна особа по даній категорії справ застосувати природне право, виходячи з власного життєвого досвіду, правової культури та почуття справедливості.*

Таким чином, на підставі проведеного дослідження можна стверджувати, що присяжні постають в якості “провідників” природного права. Саме рівень їх правової культури є запорукою прийняття об'єктивного, справедливого рішення. Підсвідоме почуття людиною справедливості, того що є добро, а що зло – це та закладена в саму суть природна основа, на якій будується суд присяжних і робить його ефективним органом правосуддя у будь-яку епоху. Отже, суд присяжних є найкращим механізмом, який природне право конвертує у позитивне. Проте, доктринальні помилки на законодавчому рівні спотворили інститут суду присяжних та унеможливили безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя через присяжних.

Перспективи подальшого розвитку національного законодавства вбачаються у впровадженні класичної, двоколегіальної моделі суду присяжних, заснованої на принципах соціального натуралізму, що дозволить повною мірою реалізувати закладений в інституті присяжних потенціал.

#### **Список використаних джерел:**

1. Стецовский Ю. И. Судебная власть: Учебное пособие / Ю. И. Стецовский. – 2-е изд. – М. : Дело, 2000. – 400 с.
2. Чангулі Г. І. Суд присяжних – анахронізм чи необхідність? / Г. І. Чангулі // Антологія української юридичної думки. В 10 т / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) і ін. Т. 9 Юридична наука радянської доби. – К., Юридична книга, 2004. – 846 с.
3. Костенко О. М. Культура і закон – у протидії злу: Монографія / О. М. Костенко. – К. : Атіка, 2008. – 352 с.
4. Музичук О. М. Проблеми визначення у законодавстві України системи правоохоронних органів / О. М. Музичук // Європейські перспективи. – 2011. – № 2 ч. 2. – С. 56-60.

**А. В. Рагулин,**

*кандидат юридических наук, доцент, руководитель центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права, адвокат коллегии адвокатов Республики Башкортостан “Муратов и партнеры”, доцент кафедры уголовного права и процесса Юридического института Восточной экономико-юридической гуманитарной академии (Россия)*

## **ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ ПРАВА АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ АФРИКАНСКИХ ГОСУДАРСТВ**

В рамках настоящей работы нами будут рассмотрены основные положения законодательства ряда государств Африки (Алжир, Судан, Танзания, Эфиопия, Того, Демократическая Республика Конго) по вопросам правовой регламентации, обеспечения реализации и уголовно-правовой охраны профессиональных прав адвоката-защитника на территории соответствующих государств.

Следует отметить, что в африканских государствах длительное время действовали правовые обычаи, которые впоследствии отчасти были вытеснены правовыми нормами соответствующих государств-метрополий (Великобритании, Франции, Бельгии, Германии). В последующем, во второй половине XX в. в связи с обретением независимости в большинстве африканских государств была проведена работа по кодификации действовавших обычаев и законодательства. Кодификация была проведена вне зависимости от принадлежности бывшей метрополии к романо-германской или англо-саксонской правовой семье, однако, при этом исследователи отмечают, что законодательство африканских государств во многом копирует законодательство европейских государств, ранее бывших метрополиями<sup>1</sup>. Этот тезис подтверждается и в ходе нашего исследования: так, например, очевидно, что законодатель Алжира в области правовой регламентации профессиональных прав адвоката-защитника многое заимствовал из законодательства Франции, которая с 1830 по 1968 г. являлась его метрополией.

В соответствии с законом Республики Алжир “Об организации деятельности адвокатов”, профессия адвоката является свободной и независимой. Органы правосудия обеспечивают уважение и приоритеты гарантий при защите прав и свобод граждан (ст. 1).

Согласно ст. 4 Закона адвокат-это профессиональный советник, оказывающий юридические консультации, помощник и представитель сторон и защитник их прав. Анализ текста Ордонанса “Об утверждении уголовно-процессуального кодекса” показывает, что в ст. 232 этого законодательного акта для адвоката-защитника устанавливается гарантия, не позволяющая осуществлять его допрос о тех обстоятельствах, которые стали ему известными в связи с оказанием юридической помощи (ст. 232).

В ст. 292 указывается на обязательность присутствия защитника в судебном заседании для осуществления помощи обвиняемому. В ст. 351 отмечается, что если обвиняемый не выбрал защитника до судебного заседания, он вправе просить председательствующего о назначении защиты. Участие защитника является обязательным в случае, если обвиняемый поражен недугом, который препятствует ему осуществлять свою защиту, либо когда за совершение преступления может быть назначено наказание в виде ссылки или лишения свободы. Согласно ст. 454 Ордонанса участие защитника является обязательным и при производстве по уголовным делам в отношении несовершеннолетних.

Исходя из анализа положений Ордонанса “Об утверждении уголовно-процессуального кодекса” Алжира следует прийти к выводу о том, что отдельная норма, предусматривающая профессиональные права адвоката в нем отсутствует, а правовые нормы, предусматривающие отдельные права адвоката, рассредоточены по тексту УПК Алжира.

Адвокат-защитник имеет стандартный объем профессиональных прав: право встречаться со своим подзащитным, право принимать участие в судебном рассмотрении уголовного дела (участвовать в допросе свидетелей и исследовании доказательств, право заявлять ходатайства и отводы, право выступать в судебных прениях), право обжаловать приговор суда.

Вместе с этим, положительно следует оценить подход Алжирского законодателя, установившего уголовную ответственность за преступные посягательства на профессиональные права адвоката-за-

<sup>1</sup> См. : Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М. : Прогресс, 1988. – С. 462-476.

щитника и иных участников судебного разбирательства. Так, в ст. 236 УК Алжира устанавливается уголовная ответственность за воспрепятствование осуществлению правосудия. Исходя, из содержания статьи 236 УК Алжира объективная сторона данного деяния, совершаемого в отношении лиц, которые являются участниками судебного разбирательства, альтернативно состоит в даче обещаний, высказывании предложений, даче подарков, оказании давления, высказывании угроз, совершении нападения, совершении различных махинаций или уловок, выступлении с клеветническим заявлением. Данные деяния наказываются лишением свободы на срок от одного года до трех лет и (или) штрафом в размере от 500 до 2000 алжирских динаров.

Схожий подход к вопросу об установлении уголовной ответственности за вмешательство в осуществление правосудия демонстрирует законодатель другой Африканской страны – Судана. Так, в ст. 192 Уголовного кодекса Судана устанавливается ответственность за вмешательство в осуществление правосудия: если кто бы то ни было с намерением повлиять на отправление правосудия по гражданскому или уголовному делу совершает какое-либо деяние, посредством которого препятствует беспристрастному слушанию дела или судебному действию, чем препятствует отправлению правосудия, то он должен быть наказан тюремным заключением на срок не более 6 месяцев со штрафом или без. Таким образом, исходя из ст. 192 УК Судана совершение любого деяния против любого участника уголовного процесса, в том числе и адвоката-защитника в случае, если это деяние было совершено с целью повлиять на отправление правосудия является уголовно наказуемым.

В соответствии со ст. 212 УПК Судана каждое лицо, которое привлекается к уголовному суду, имеет право на защиту со стороны адвоката. В случае, если совершено серьезное преступление лицом, не имеющим средств на оплату услуг адвоката, он назначается судом, а это лицо освобождается от уплаты всей или части затрат. Исходя из содержания ст. 179 УПК, когда адвокат-защитник приступает к защите конкретного лица он вправе:

- изучать материалы уголовного дела;
- искать и приводить указания на конкретные обстоятельства и законы, на которые он считает необходимым сослаться в интересах обвиняемого;
- представлять своих свидетелей;
- участвовать в допросе свидетелей, представленных стороной обвинения;
- участвовать в исследовании иных обстоятельств дела и выступать с итоговой речью по делу.

Наряду с этим, в соответствии с положениями ст. 217 УПК, получение и процессуальное оформление всех вещественных доказательств по каждому делу должно быть осуществлено в присутствии обвиняемого или в присутствии его защитника. Это положение отражено и в ст. 224 УПК Судана: осмотр места преступления, в том числе и изъятие вещественных доказательств на месте преступления, а также допрос на месте преступления, производится в присутствии защитника обвиняемого. Кроме того, в ст. 226 УПК предусматривается право адвоката-защитника участвовать в устном или письменном допросе свидетелей, а в соответствии со ст. 176 УПК – производить перекрестный допрос свидетелей и исследование представленных прокурором доказательств.

Таким образом, анализ положений УПК Судана показывает, что единой уголовно-процессуальной нормы, которая бы содержала перечень основных профессиональных прав адвоката-защитника, в его тексте не содержится. Профессиональные права адвоката защитника рассредоточены по всему тексту УПК, хотя при этом основной нормой является ст. 179 УПК Судана.

Несколько иной подход нам демонстрирует законодатель Танзании: в уголовно-процессуальном кодексе нет даже основной нормы, предусматривающей профессиональные права адвоката-защитника, что на наш взгляд, делает несколько затруднительной их уяснение и реализацию на практике. Тем не менее, в соответствии с положениями УПК Танзании (1985 г.) адвокат-защитник вправе:

- участвовать в допросе своего подзащитного или свидетеля обвинения и защиты (ст. 192);
- участвовать в исследовании письменных доказательств (ст. 204);
- заявлять ходатайства о запросе новых доказательств и письменном опросе сторон (ст. 207);
- ходатайствовать о перенесении судебного заседания на другую дату (ст. 225);
- приглашать свидетелей защиты и представлять доказательства защиты (ст. 229, 231);
- выступать с судебной речью (ст. 233, 294);
- ходатайствовать о снятии с подзащитного предъявленного обвинения (ст. 234);
- просить суд об истребовании доказательств (ст. 297);

- обжаловать судебное решение в апелляционном порядке (ст. 366);
- просить суд апелляционной инстанции об истребовании новых доказательств (ст. 369).

В отличие от Алжира и Судана, в УК Танзании отсутствуют нормы, предусматривающие ответственность за преступления, посягающие на профессиональные, личные и имущественные права адвоката-защитника. Аналогичный подход воспринят и законодателем Эфиопии, однако, в отличие от иных вышеперечисленных государств, в соответствии со ст. 611 УК Эфиопии запрещается привлечение адвокатов к уголовной ответственности за мнение выраженные ими в корректной форме при осуществлении своих профессиональных обязанностей, а в пункте “b” ст. 612 также указывается, что ненаказуемыми являются комментарии и утверждения адвоката-защитника, высказанные без злого умысла в ходе исполнения им обязанностей в суде или административном органе. Эти правовые нормы, установленные в тексте уголовного кодекса, представляются нам эффективными средствами, направленными на обеспечение независимости адвоката-защитника.

В соответствии со ст. 61 УПК Эфиопии любое задержанное и заключенное под стражу лицо имеет право на беседу со своим адвокатом или на написание письма своему адвокату, соответственно адвокат-защитник вправе иметь свидания с подзащитным и получать от него письма.

Наряду с этим, ст. 136 УПК предоставляет адвокату-защитнику право подвергать перекрестному допросу свидетелей и экспертов, представленных стороной обвинения, а ст. 142 УПК – право привлекать и допрашивать свидетелей защиты. В ст. 148 УПК законодатель предоставляет адвокату-защитнику право после допроса свидетелей и исследования всех доказательств защиты обратиться к суду с выступлением, содержащим анализ фактических обстоятельств дела и юридической оценки действий подзащитного.

Исходя из вышеприведенного перечня следует, что адвокат-защитник по УПК Эфиопии наделен минимальным объемом профессиональных прав. Аналогичный объем профессиональных прав адвокату-защитнику предоставлен в УПК Того (ст. 186,252 УПК) и Демократической Республики Конго (ст. 73 УПК).

Вышеприведенный анализ норм законодательства ряда государств Африки по сравнению с законодательством Российской Федерации позволяет нам выделить следующие положительные черты, касающиеся законодательной регламентации профессиональных прав адвоката-защитника и их обеспечения.

1. В общем, следует отметить, что содержательная и юридико-техническая составляющие законодательства государств Африки, связанного с регламентацией профессиональных прав адвоката-защитника и с их обеспечением, в настоящее время находятся на начальном уровне своего развития.

2. Анализ законодательства ряда африканских государств (Алжир, Судан) позволяет убедиться в необходимости существования в российском законодательстве правовых норм, обеспечивающих повышенную уголовно-правовую охрану адвоката-защитника как лица, выполняющего публично-правовую функцию и участвующего в процессе отправления правосудия.

3. Следует положительно оценить и учесть при реформировании российского законодательства опыт Эфиопии в части внесения в положения Уголовного кодекса запрета на привлечение адвокатов к уголовной ответственности за мнения выраженные ими в корректной форме при осуществлении своих профессиональных обязанностей, а также за установление уголовной ненаказуемости комментариев и утверждений адвоката-защитника, высказанных в ходе исполнения им обязанностей в суде или административном органе.

Представляется, что выявленные положительные черты законодательства следует учесть и использовать при дальнейшем реформировании Российского законодательства, регламентирующего профессиональные права адвоката-защитника, обеспечение их реализации и правовую защиту.

A decorative border with ornate, symmetrical floral and scrollwork patterns in the top corners, framing the text.

**Кримінальний процес  
та криміналістика,  
судова експертиза**

**Уголовный процесс  
и криминалистика,  
судебная экспертиза**

A decorative border with ornate, symmetrical floral and scrollwork patterns in the bottom corners, framing the text.

**Criminal Procedure  
and Criminalistics,  
Judicial Expertise**



**В. Д. Басай,**

*доктор юридичних наук, професор, декан Івано-Франківського факультету Національного університету "Одеська юридична академія")*

## **ПІДСТАВИ І ПОРЯДОК ПОНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТРОКУ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ**

Відповідно до ч. 1 ст. 117 нового КПК України, пропущений із поважних причин строк повинен бути поновлений за клопотанням заінтересованої особи ухвалою слідчого судді, суду [1]. Поновлення процесуального строку передбачає встановлення учасникам кримінального провадження ухвалою слідчого судді, суду додаткового проміжку часу для вчинення процесуальної дії за умови пропуску строку з поважних причин. У теорії кримінального процесу обґрунтовано вказується, що основними рисами поновлення процесуального строку є: 1) строк повинен бути пропущеним, тобто не використаним за призначенням; 2) до уваги береться тільки поважна причина пропуску строку; 3) поновлюються ті строки, продовження яких законом не передбачене; 4) є очевидною охоронна роль строку оскарження, оскільки він відповідає інтересам осіб, що мають таке право, тому поновлення строку не може нанести шкоди цим інтересам [2, с. 72].

У залежності від форми вираження диспозиції норми права, в якій встановлені процесуальні строки, вони поділяються на три групи: 1) уповноважуючі; 2) зобов'язуючі; 3) забороняючі [3, с. 45]. Уповноважуючі строки надають учасникам кримінального провадження право приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії у межах визначеного проміжку часу. Зобов'язуючі строки встановлюють обов'язок учасників кримінального провадження приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії у встановлений проміжок часу. Забороняючі строки закріплюють заборону щодо прийняття процесуальних рішень чи вчинення процесуальних дій поза межами встановлених проміжків часу.

Закріплене у ч. 1 ст. 117 нового КПК України правило про поновлення процесуального строку стосується лише випадків пропуску уповноважуючих строків. У випадку пропуску зобов'язуючих і забороняючих строків вказане правило застосуванню не підлягає, оскільки їх недодержання є прямим порушенням закону.

У випадку поновлення процесуального строку процесуальні дії учасників кримінального провадження вважаються виконаними у встановлений законом строк, а правові наслідки пропуску процесуального строку втрачають правове значення. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 532 нового КПК України, якщо строк апеляційного оскарження буде поновлено, вважається, що вирок чи ухвала суду, ухвала слідчого судді не набрала законної сили.

Процесуальний строк може бути поновлений лише за умови його пропуску з поважних причин. Поняття поважних причин пропуску процесуальних строків є оціночним, а його вирішення покладається на розсуд слідчого судді, суду. Поважними причинами пропуску процесуального строку визнаються обставини, які не залежать від волі заінтересованої особи і перешкодили їй виконати процесуальні дії у межах встановленого законом, прокурором, слідчим суддею, судом проміжку часу. До їх числа відносяться: 1) обставини непереборної сили (епідемії, військові події, стихійні лиха або інші подібні обставини); 2) відсутність особи у місці проживання протягом тривалого часу внаслідок відрядження; 3) тяжка хвороба або перебування в закладі охорони здоров'я у зв'язку з лікуванням або вагітністю за умови неможливості тимчасово залишити цей заклад; 4) смерть близьких родичів, членів сім'ї чи інших близьких осіб або серйозна загроза їхньому життю; 5) несвоєчасне одержання процесуальних документів (наприклад, несвоєчасне одержання копії вироку); 6) інші обставини, які об'єктивно унеможливають вчинення процесуальної дії у встановлений строк. Вказані обставини підлягають підтвердженню учасником кримінального провадження шляхом подання відповідних документів або їх копій.

Процесуальний строк підлягає поновленню виключно за клопотанням заінтересованої особи, яке заявляється слідчому судді, суду. Заінтересованими особами у контексті ч. 1 ст. 117 нового КПК України виступають потерпілий, його представник і законний представник; цивільний позивач, його представник і законний представник; підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники; цивільний відповідач та його представник; особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадиція).

Клопотання про поновлення пропущеного процесуального строку заявляється учасником кримінального провадження у письмовій формі та повинно містити наведення обставин, які унеможливили вчинення процесуальної дії у встановлений законом, прокурором, слідчим суддею, судом процесуальний строк. Оскільки строк подання клопотання про поновлення пропущеного процесуального строку залежить від причин його пропуску, заінтересована особа може заявити таке клопотання слідчому судді, суду одразу після усунення причин, які перешкоджали виконанню процесуальної дії у встановлений законом строк. За загальним правилом, клопотання про поновлення пропущеного процесуального строку подається одночасно з виконанням учасником кримінального провадження процесуальної дії, строк виконання якої був пропущений. Неподання такого клопотання тягне за собою правові наслідки, аналогічні наслідкам відмови у поновленні процесуального строку. Наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 447 нового КПК України, заява про перегляд судового рішення залишається без розгляду, якщо особа, яка її подала, не порушує питання про поновлення цього строку, а також якщо в поновленні строку відмовлено.

Відповідно до ч. 3 ст. 117 нового КПК України, подання клопотання заінтересованою особою про поновлення пропущеного строку не припиняє виконання рішення, оскарженого з пропуском строку.

За загальним правилом, клопотання про поновлення пропущеного процесуального строку розглядаються без виклику учасників кримінального провадження. Так, ч. 5 ст. 447 нового КПК України передбачає, що питання про поновлення строку для подання заяви про перегляд судового рішення або про залишення заяви без розгляду вирішується судом без виклику учасників судового провадження.

За результатами розгляду клопотання про поновлення пропущеного процесуального строку слідчий суддя, суд виносять ухвалу про поновлення чи відмову в поновленні процесуального строку. Ухвала про поновлення процесуального строку виноситься у випадках, якщо слідчий суддя, суд визнають причини пропуску процесуального строку поважними. Пропуск процесуального строку з неповажної причини тягне за собою винесення слідчим суддею, судом ухвали про відмову у його поновленні.

Відповідно до ч. 2 ст. 117 нового КПК України, ухвала слідчого судді, суду про поновлення чи відмову в поновленні процесуального строку може бути оскаржена в порядку, передбаченому цим Кодексом. Оскарження такої ухвали дозволяє перевірити правильність визнання слідчим суддею, судом причин пропуску процесуального строку поважними або неповажними. Вказані ухвали слідчого судді, суду підлягають оскарженню заінтересованими особами в апеляційному порядку у межах строків апеляційного оскарження, передбачених ч. ч. 2 і 3 ст. 395 нового КПК України.

За результатами розгляду скарги на ухвалу слідчого судді, суду суд апеляційної інстанції виносить ухвалу, якою: 1) задовольняє скаргу та скасовує ухвалу слідчого судді, суду про поновлення чи відмову у поновленні пропущеного процесуального строку; 2) відмовляє у задоволенні скарги та залишає в силі ухвалу слідчого судді, суду про поновлення чи відмову у поновленні пропущеного процесуального строку.

Ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали суду апеляційної інстанції можуть бути оскаржені в касаційному порядку, якщо вони перешкоджають подальшому кримінальному провадженню, крім випадків, передбачених КПК України. Заперечення проти інших ухвал, виходячи зі змісту ч. 2 ст. 422 нового КПК України, можуть бути включені до касаційної скарги на судові рішення, ухвалені за наслідками апеляційного провадження.

Підсумовуючи викладене, потрібно відзначити, що поновлення процесуального строку виступає важливою гарантією прав учасників кримінального провадження. За новим КПК України поновлення процесуального строку здійснюється виключно слідчим суддею (під час досудового розслідування) та судом (під час судового провадження), що дозволить забезпечити своєчасне та об'єктивне вирішення клопотання учасника кримінального провадження про поновлення процесуального строку. Водночас, норми ст. 117 нового КПК України не визначають строки розгляду та вирішення такого клопотання слідчим суддею, судом, що зумовлює необхідність поширення на вказані правовідносини строків, передбачених ч. 2 ст. 306 і ст. 350 нового КПК України.

#### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>
2. Заїка С. О. Строки у кримінальному процесі України в контексті європейських стандартів: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Сергій Олегович Заїка. – К., 2006. – 285 с.
3. Петрова Г. Б. Сроки как элемент правового регулирования в уголовном судопроизводстве: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Галина Борисовна Петрова. – Саратов, 2004. – 222 с.

**Н. Л. Боржецька,**

*аспірант кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету "Острозька академія"*

### **СКЛАДАННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО ВИСНОВКУ ЯК ФОРМА ЗАКІНЧЕННЯ ПОПЕРЕДНЬОГО СЛІДСТВА В КІНЦІ 20-Х – У 30-І РР. ХХ СТ. В УСРР**

У зв'язку зі змінами в системі органів дізнання, попереднього слідства та суду СРСР загалом і УСРР зокрема, що відбулися після прийняття Кримінально-процесуального кодексу УСРР 1922 року, а саме – в 1923-1925 рр., назріла необхідність прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу УСРР, який був прийнятий 20 липня 1927 року і вступив в дію з 15 вересня 1927 року (далі – КПК).

Подібно до інших законодавчих актів, що діяли на території України до 1927 року та регулювали провадження попереднього слідства, КПК покладав на слідчого при провадженні попереднього слідства обов'язок з'ясувати і дослідити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а рівно всі обставини, що посилюють та пом'якшують ступінь і характер його відповідальності (ст. 109 КПК). Слідчий, відповідно до ст. 110 КПК, повинен був спрямовувати попереднє слідство, керуючись обставинами справи, в сторону найбільш повного і всестороннього з'ясування справи [1, с. 30].

КПК передбачав три форми закінчення попереднього слідства: 1) складання слідчим: а) висновку або б) резолюції (наприклад, у зв'язку зі смертю обвинуваченого, при відсутності в діях обвинуваченого складу злочину тощо) чи в) постанови (у зв'язку з крайньою малозначністю результатів діяння, у зв'язку із втратою діянням суспільної небезпечності у справах, по яких проведення попереднього слідства було не обов'язковим) про закриття кримінальної справи; 2) складання слідчим висновку про подальший рух справи щодо психічно хворих осіб; 3) складання обвинувального висновку. Остання із них і стане предметом нашого вивчення в межах даного дослідження.

Виключно важливе значення обвинувального висновку підкреслювалось в циркулярному листі Прокуратури СРСР від 13 серпня 1934 р. : "Обвинувальний висновок завершує все розслідування, підсумовує його результати. Винятково важливе значення цього документу в нашому процесі не потребує особливих доказів.

Кожен слідчий повинен врахувати, що обвинувальний висновок являється не тільки найважливішим слідчим актом, що відображає результати розслідування, але й документом, що має політичне значення, котрий оголошується в суді" [2, с. 175. ].

Закінчення слідства складанням обвинувального висновку передбачало дотримання наступного, визначеного законом порядку.

Слідчий скеровував справу для віддання обвинуваченого суду лише після того, як були встановлені особа обвинуваченого, вік, судимість, соціальне походження і соціальне становище, подія злочину, місце, час і спосіб скоєння злочину, мотиви злочину, а також обставини, що були підставами для віддання обвинуваченого суду.

Відповідно до норм КПК слідчий повідомляв обвинуваченому про закінчення попереднього слідства у справі і був зобов'язаний роз'яснити останньому його право на ознайомлення з актами попереднього слідства, про що робив відмітку в протоколі. Обвинувачений, в свою чергу, міг заявити клопотання про надання йому матеріалів провадження у справі, що зобов'язувало слідчого пред'явити обвинуваченому всі матеріали слідства.

Після пред'явлення обвинуваченому матеріалів слідства слідчий зобов'язаний був з'ясувати в обвинуваченого чи не бажає той доповнити слідство. У випадку посилання обвинуваченого на обставини, які раніше не розслідувались і мали значення для справи, слідчий зобов'язаний був відповідним чином доповнити попереднє слідство. При відмові слідчого в провадженні додаткового слідства ним складалась відповідна мотивована постанова (ч. 2 ст. 201 КПК).

Після доповнення слідства, якщо попередньо була визнана необхідність в такому доповненні, слідчий пред'являв обвинуваченому слідчі матеріали в частині проведеного додаткового слідства (ч. 3 ст. 201 КПК).

Після доповнення слідства, а у випадку відсутності необхідності в такому доповненні – безпосередньо після закінчення слідства чи після пред'явлення обвинуваченому слідчих матеріалів, слідчий складав обвинувальний висновок (ст. 202 КПК).

Обвинувальний висновок, як і за нормами КПК 1922 року, складався із двох частин. Перша (описова) частина повинна була містити в собі викладення обставин справи, як вони були встановлені попереднім слідством, із вказівкою на докази, на яких ґрунтувався висновок слідчого про необхідність віддання обвинуваченого суду. У другій (резолютивній) частині зазначались особа обвинуваченого, його вік, судимість, соціальне походження і соціальне становище, рід занять, місце, час, спосіб і мотиви скоєння злочину, а також відомості про потерпілого. Крім того, в резолютивній частині слідчий мав вказувати, яким саме кримінальним законом передбачено даний злочин.

До обвинувального висновку додавався список осіб, що підлягали виклику в судові засідання, з вказівкою, чи є у справі речові докази і де вони зберігаються.

Висновок слідчого про закриття по відношенню до деяких обвинувачених кримінальної справи, копія постанови про виділення частини справи в окреме провадження чи довідка про осіб, по відношенню до яких справа була виділена чи закрита, також повинні були додаватися до матеріалів закінченого слідчого провадження.

Після складення обвинувального висновку слідчий направляв справу прокурору і, одночасно, повинен був заповнити за встановленою формою довідку про закінчення слідства та негайно направити її начальнику слідчого відділу прокуратури області [2, с. 177].

У справах, що надійшли від слідчого з обвинувальним висновком, прокурор:

1) визнавши слідство неповним, повертав справу слідчому для дослідження, зробивши вказівку, в якому напрямку належить провести дослідження;

2) визнавши, що справа достатньо з'ясована, але, що для віддання обвинуваченого суду немає достатніх підстав, закривав кримінальну справу своєю постановою;

3) визнавши, що справа достатньо з'ясована, що є підстави для віддання обвинуваченого суду і що складений слідчим обвинувальний висновок правильний, прокурор своєю постановою про надання обвинувальному висновку сили обвинувального акту віддавав обвинуваченого суду;

4) визнавши за необхідне внести зміни в обвинувальний висновок в частині кваліфікації злочину чи шляхом внесення технічних поправок, що не змінюють сутності обвинувального висновку, прокурор мав право внести в обвинувальний висновок вказані зміни, зробивши про це відповідне зазначення.

Якщо прокурор змінював кваліфікацію злочину і ця зміна мала наслідком обвинувачення за статтею Кримінального кодексу з більш тяжкою санкцією, справа направлялася для проведення додаткових слідчих дій, передбачених ст. 107 КПК.

5) визнавши, що справа достатньо з'ясована і що в ній міститься достатньо підстав для віддання обвинуваченого суду, але що обвинувальний висновок не відповідає обставинам справи або його складено із порушенням ст. 203 КПК, прокурор віддавав обвинуваченого суду, склавши обвинувальний акт, і одночасно вилучав обвинувальний висновок із слідчого провадження (ст. 223 КПК).

Після складення обвинувального акта чи після надання обвинувальному висновку сили обвинувального акту, прокурор направляв справу в суд для розгляду з повідомленням про підтримання обвинувачення в суді прокуратурою чи про відсутність необхідності підтримання такого обвинувачення. У випадку повідомлення прокурора про підтримання обвинувачення в суді, останній був зобов'язаний, відповідно до норм КПК, допустити його до участі у справі.

Прокурор також мав право змінити доданий до справи список осіб, що підлягали виклику в суд, чи скласти новий список, а також обрати, змінити, скасувати чи підтвердити запобіжні заходи по відношенню до обвинуваченого у справі.

Копія обвинувального акту вручалася кожному із підсудних не пізніше п'яти діб з дня складення обвинувального акту чи надання обвинувальному висновку сили обвинувального акту. При врученні копії обвинувального акту, підсудному пояснювалося право подавати суду клопотання про допуск захисника чи призначення такого, а також – про доповнення списку свідків і експертів чи витребування інших доказів. Вказані клопотання направлялися підсудним в суд (ст. 225 КПК).

Будь-яка справа, отримана прокурором від слідчого, незалежно від її подальшого спрямування, вирішувалася прокурором протягом п'яти діб, якщо у справі обвинувачений знаходився під вартою, і протягом десяти діб – в інших випадках. Вирішена прокурором справа отримувала подальше спряму-



вання протягом трьох діб, якщо обвинувачений знаходився під вартою, і протягом п'яти діб – в інших випадках.

Таким був загальний порядок закінчення попереднього слідства у формі складання обвинувального висновку слідчим.

Після закінчення попереднього слідства у справі, в якій були підстави для віддання обвинуваченого суду, слідчий складав процесуальний акт, котрий носив назву “обвинувальний висновок”, але даний документ разом з іншими матеріалами справи передавався до суду лише після того, як прокурор своєю постановою надавав обвинувальному висновку сили обвинувального акту або сам складав обвинувальний акт. При цьому п. 3 ч. 1 ст. 223 КПК містив вказівку на те, що прокурор своєю постановою про надання обвинувальному висновку сили обвинувального акта віддавав обвинуваченого до суду. Після прийняття Конституції СРСР 1936 р. та Закону СРСР “Про судоустрій СРСР, союзних і автономних республік” від 16 серпня 1938 р. віддання до суду здійснювалося судом, який затверджував обвинувальний висновок, наданий прокурором (ст. 26 Закону), і без затвердження судом обвинувальний висновок не мав сили акта віддання до суду [3, с. 4; 1, с. 48]. Варто також зазначити, що КПК був непослідовним у вживанні понять “обвинувальний висновок”, “обвинувальний акт”. Роз'яснюючи процедуру вручення обвинуваченому для ознайомлення кінцевого процесуального рішення у справі на стадії попереднього слідства, кримінально-процесуальний закон в одних випадках такий документ називав “обвинувальним висновком” (ст. 225<sup>1</sup> КПК), в інших – “обвинувальним актом” (ст. ст. 225, 225<sup>2</sup> КПК).

Норми кримінально-процесуального законодавства, в т. ч. норми, що регулювали закінчення попереднього слідства, зазнали істотних змін та доповнень в період репресій у 30-х роках ХХ ст.

Так, зазнав змін наведений нами вище загальний порядок закінчення попереднього слідства у формі складання обвинувального висновку. Постановою ЦВК СРСР “Про внесення змін в діючі кримінально-процесуальні кодекси союзних республік” від 1 грудня 1934 р. [4, с. 103-104] та відповідною постановою ВУЦВК “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу УСРР” від 9 грудня 1934 р. [5] КПК був доповнений ст. ст. 113<sup>1</sup>, 225<sup>1</sup>, згідно з якими слідство у справах про терористичні організації і терористичні акти проти робітників радянської влади належало закінчувати протягом 10-денного строку (тоді як загальний строк попереднього слідства становив 2 місяці), а обвинувальний висновок у справах про терористичні організації і терористичні акти проти робітників радянської влади вручався обвинуваченим за одну добу до розгляду справи в суді. Аналогічне положення про вручення обвинувального акта обвинуваченим за одну добу до розгляду справи в суді, тепер уже у справах про контрреволюційне шкідництво і диверсії, було введене в КПК 30 жовтня 1937 р. шляхом доповнення його ст. 225<sup>2</sup> після прийняття постанови ЦВК СРСР “Про внесення змін у діючі кримінально-процесуальні кодекси союзних республік” від 7 вересня 1937 р. [6].

Особливий порядок закінчення попереднього слідства шляхом складання обвинувального висновку був передбачений також в оперативному наказі Народного комісара внутрішніх справ СРСР № 00447 “Про операції по репресуванню колишніх куркулів, кримінальних злочинців та інших антирадянських елементів” від 30 липня 1937 р., у якому народний комісар наказував розпочати з 5 серпня 1937 р. у всіх республіках, краях і областях Радянського Союзу “операцію по репресуванню колишні активних антирадянських елементів і кримінальних злочинців...” [7, с. 480], включаючи тих осіб, які на момент проведення репресивних заходів знаходились під вартою, слідство в справах котрих закінчено, але справи ще судовими органами не були розглянуті. Слідство стосовно вказаних в оперативному наказі осіб проводилося у прискореному та спрощеному порядку. “По закінченню слідства справа направляється на розгляд трійки. До справи додаються: ордер на арешт, протокол обшуку, матеріали, вилучені при обшуку, особисті документи, анкета арештованого, агентурно-обліковий матеріал, протокол допиту і короткий звинувачувальний висновок” [7, с. 483].

Подібне положення про “короткий обвинувальний висновок” [8] знаходимо ще в одному оперативному наказі Народного комісара внутрішніх справ СРСР № 00486 від 15 серпня 1937 р. [8].

Аналіз положень вищезазначених оперативних наказів дає можливість стверджувати, що: 1) вони не передбачали можливості закінчення попереднього слідства у вказаних категоріях справ в іншій формі, окрім як у формі складання обвинувального висновку; 2) у вказаних категоріях справ закріплювалось проведення спрощеного порядку слідства і складання скороченої форми обвинувального висновку (“короткого обвинувального висновку”). Хоча ні самі оперативні накази, ні КПК не зазначали які саме відомості в “коротких обвинувальних висновках” можна було не вказувати або ж викладення яких



відомостей могло бути менш детальним в порівнянні з вимогами, що встановлювалися ст. 203 КПК до обвинувальних висновків. До того ж, КПК взагалі не передбачав можливості складання у будь-яких справах “короткого обвинувального висновку”.

Таким чином, характерною особливістю КПК, а також інших актів, що містили кримінально-процесуальні норми, котрі регулювали питання закінчення досудового слідства шляхом складання обвинувального висновку, було те, що для різних категорій справ встановлювалися різні форми обвинувального висновку. Зокрема, у справах, через які здійснювалися репресії, форма обвинувального висновку була спрощена.

#### **Список використаних джерел:**

1. Уголовно-процессуальный кодекс Украинской ССР. Официальный текст с изменениями на 10 октября 1954 г. и с приложением постановлений-систематизированных материалов. – М. : Государственное издательство юридической литературы, 1955. – 163 с.
2. Цит. за: Тарасов-Родионов П. И. Предварительное следствие / Под ред. профессора М. А. Чельцова-Бебутова. – М. : Юридическое издательство МЮ СССР, 1948. – 193 с.
3. Чельцов М. А. Предание суду / Под ред. И. Т. Голякова. – Издание 2-е. – М. : Юридическое издательство НКЮ СССР. – 24 с.
4. О внесении изменений в действующие уголовно-процессуальные кодексы союзных республик: Постановление ЦИК СССР от 1 декабря 1934 г. / Сборник уголовного и военно-уголовного законодательства Союза ССР. Выпуск I-II. 1923-1934 гг. Учебное пособие для слушателей ВЮА. – М. : Редакционно-издательское отделение Военно-юридической академии Советской Армии, 1950. – С. 103-104.
5. Про внесення змін до кримінально-процесуального кодексу УСРР: Постанова ВУЦВК від 9 грудня 1934 р. / Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В. Д. Гончаренка. – 3-тє вид., перероб. Уклад. В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький. – К. : Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 800 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.biz.ua/content/014/0237.htm>.
6. Про внесення змін у діючі кримінально-процесуальні кодекси союзних республік: Постанова ЦВК СРСР від 7 вересня 1937 р. / Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В. Д. Гончаренка. – 3-тє вид., перероб. Уклад. В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький. – К. : Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 800 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.biz.ua/content/014/0249.htm>.
7. Про операції по репресуванню колишніх куркулів, кримінальних злочинців та інших антирадянських елементів: Оперативний наказ Народного комісара внутрішніх справ СРСР № 00447 від 30 липня 1937 р. / Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посіб. / Упоряд. : А. С. Чайковський (кер.), О. Л. Копиленко, В. М. Кривоніс, В. В. Свистунов, Г. І. Трофанчук. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 480-484.
8. Оперативний наказ Народного комісара внутрішніх справ СРСР № 00486 від 15 серпня 1937 р. / Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В. Д. Гончаренка. – 3-тє вид., перероб. Уклад. В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький. – К. : Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 800 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.biz.ua/content/014/0249.htm>.

**В. І. Бояров,**

*кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України*

## **ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ НОВОГО КПК ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ**

Вчинення багатьох тяжких злочинів, особливо таких, що вчиняються в умовах неочевидності, на досить високому професійному рівні (організована злочинність, вбивства на замовлення та деякі ін., які є так званими злочинами “базової спрямованості”) або пов’язані з ідеологічною складовою (наприклад, злочини екстремістської спрямованості або вчинені на ґрунті ненависті та ін.), супроводжується кваліфікованою протидією розслідуванню, що перешкоджає їх розкриттю та розслідуванню. Фактично йдеться про ті види злочинної діяльності, для яких протидія розслідуванню є обов’язковим елементом і без якої вони не можуть нормально функціонувати. Така протидія переважно має вигляд “окремих умисних дій або наперед спланованої складної низки різних дій з метою досягнення поставленої мети щодо приховання, зміни, знищення інформації, що має доказове значення, а також її носіїв і перешкодження розслідуванню та встановленню причетних до злочину осіб” [2, с. 22].

Під час розслідування цих злочинів завжди виникає питання щодо наявності законних механізмів, за допомогою яких можна успішно розслідувати ці злочини. Але традиційні організаційні заходи, які сприяють успіху у розслідуванні – спеціалізація, створення слідчо-оперативних груп, активна взаємодія з органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність та ін. – все це не у повній мірі надає можливість досудовому слідству успішно розслідувати злочини зазначеної категорії. Найбільш ефективним засобом протидії є застосування передбачених чинним законодавством заходів безпеки стосовно учасників кримінального судочинства.

Тому на перший план виходять показання активних учасників вчинення злочинів, отримання яких можливо, як правило, лише за наявності гарантій пом’якшення покарання в обмін на дачу показань, які викривають винних.

В інших країнах вже досить довгий час успішно використовують передбачений у визначених законом умовах компроміс між підозрюваним (обвинуваченням) та обвинуваченням (прокурором, потерпілим). Концепція погоджувальних процедур має свої корені в теорії компромісів, перш за все, як інструмент боротьби зі злочинністю. Тобто, розвиток інституту погоджувальних процедур в кримінальному судочинстві повинен, по-перше, підвищувати ефективність боротьби зі злочинністю, і вже по-друге, сприяти зменшенню витрат на цю діяльність.

Цьому питанню в своїх наукових дослідженнях увагу надано багатьма науковцями-процесуалістами, зокрема: І. Я. Фойницьким, В. К. Случевським, М. С. Строговичем, М. М. Полянським, М. А. Чельцовим та ін.

Спроби застосування відповідних процедур мали місце, але їх не можна визнати успішними. Це зокрема, положення ч. 2 ст. 14 Закону України “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю” про можливість звільнення учасника організованого злочинного угруповання частково або повністю від кримінальної відповідальності, якщо він сприяє викриттю організованих злочинних угруповань [1] (але не був визначений відповідний механізм реалізації); а також запровадження у 2001 р. спрощеного порядку судового розгляду справ (ст. ст. 299 і 301-1 КПК). На практиці це нововведення “полегшує життя” учасникам процесу, але не гарантує підсудному пом’якшення покарання.

Виникає закономірне питання, чи виправдані очікування у створенні відповідного механізму в новому КПК України?

Стаття 468 нового КПК передбачає укладення угоди про примирення або про визнання винуватості. Перша може бути укладена між потерпілим та підозрюваним (обвинуваченим), зокрема, щодо злочинів невеликої чи середньої тяжкості (ч. 3 ст. 469), а угода про визнання винуватості укладається між прокурором та підозрюваним (обвинуваченим), зокрема, щодо злочинів невеликої чи середньої тяжкості або тяжких злочинів і коли шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам.

Важливим моментом є узгодження визначення у зазначених угодах покарання та згода сторін на його призначення. В наступному, якщо суд переконується, що угода може бути затверджена, він ухвалює вирок, яким затверджує угоду і головне – призначає узгоджену сторонами міру покарання.

Саме таким чином створюються умови для досягнення компромісу, якій задовольняє суд та сторони процесу: зокрема, досудове слідство, яке зацікавлене у викритті винних та у розкритті тяжких злочинів, оскільки підсудний та його захисник, зрозуміло, будуть зацікавлені у пом'якшенні покарання в обмін на дачу показань, які викривають винних та допомагають у встановленні обставин події, яка є предметом розслідування.

Треба зазначити, що поряд із позитивним моментом – можливістю досягнення законного компромісу, що надає можливість швидкого розкриття та успішного розслідування злочинів, з їх числа “ випадають ” справи про вчинення тяжких (якщо йдеться про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим) та особливо тяжкі злочини. До останніх відносяться найбільш складні справи: про організовану злочинну діяльність, тероризм, злочини екстремістської спрямованості та деякі ін.

На нашу думку, для успішної боротьби, швидкого та успішного розслідування окремих категорій злочинів, треба передбачити можливість застосування відповідних угод також стосовно підозрюваних, обвинувачених, які допомагають у розкритті та розслідуванні злочинів, які відносяться до категорії особливо тяжких (тероризм, організована злочинна діяльність екстремізм та ін.).

#### **Список використаних джерел:**

1. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30.06.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 358.
2. Лисиченко В. К. Основи подолання протидії розслідуванню корисливо-насильницьких, вчинених організованими групами, злочинними організаціями: навч. посібник / В. К. Лисиченко, Р. М. Шехавцов. – Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004.

**О. П. Герасимчук,**

*кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін  
Національного університету "Острозька академія"*

## **ПРОЦЕСУАЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ПРИМИРЕННЯМ ВИННОГО З ПОТЕРПІЛИМ**

Правова норма, що передбачає звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, має важливе значення для нейтралізації негативних наслідків злочину. Маючи матеріально-правову природу, вона не може не відображатися в процесуальному праві, де отримує свою реалізацію.

Ст. 46 Кримінального кодексу України передбачає, що особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду. Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України №12 від 23 грудня 2005 року звільнення особи від кримінальної відповідальності визначається як "відмова держави від застосування щодо особи, котра вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України в порядку, встановленому Кримінально-процесуальним кодексом" [1, с. 13]. У даному визначенні яскраво проявляється публічний характер згаданого правового інституту. Крім того, акцентується увага, що останнє слово залишається за державою, саме вона в особі компетентних органів приймає рішення про відмову від застосування визначених в законі обмежень. Примирення винного з потерпілим є лише однією з підстав звільнення від кримінальної відповідальності, і остаточне рішення тут теж за державою, воно носить констатуючий характер за умови реалізації сторонами правовідносин (у КК України вони названі винним і потерпілим) права на примирення у справах про злочини невеликої тяжкості та необережні злочини середньої тяжкості.

У Кримінальному процесуальному кодексі України, прийнятому 13 квітня 2012 року, більш чітко, ніж раніше, врегульований механізм реалізації кримінально-правових норм, що передбачають звільнення особи від кримінальної відповідальності. Процесуальні норми відтепер сконцентровані в § 2 глави 24 КПК України. Ними передбачено загальний порядок реалізації всіх матеріальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності, виняток становить лише відновлення провадження при відмові від поручительства колективу підприємства, установи чи організації.

Підстави застосування норм про звільнення від кримінальної відповідальності можуть виникнути як під час досудового розслідування, так і під час судового розгляду справи. Якщо у Кримінально-процесуальному кодексі України як прокурор, так і слідчий за згодою прокурора під час досудового розслідування за наявності матеріально-правових підстав, зазначених у статті 46 КК України, могли винести мотивовану постанову про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 8 КПК України 1960 р.), то тепер право клопотати перед судом про застосування кримінально-правових норм щодо звільнення від кримінальної відповідальності має лише прокурор.

Перед складенням клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності прокурор має отримати письмово оформлену згоду підозрюваного на таке звільнення (раніше було достатньо відсутності заперечень). Особі, яка може бути звільнена від кримінальної відповідальності, роз'яснюється суть підозри чи обвинувачення, підстава звільнення від кримінальної відповідальності і право заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави. Якщо згода підозрюваного чи обвинуваченого прокурором не отримана, то досудове розслідування та судове провадження проводяться в повному обсязі в загальному порядку. Згода підозрюваного чи обвинуваченого виключає необхідність проводити наступне досудове розслідування в повному обсязі. Окрім згоди підозрюваного чи обвинуваченого, прокурор зобов'язаний також з'ясувати думку потерпілого щодо можливості звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності (за КПК 1960 р. така думка з'ясовувалася лише в

суді, а потерпілого попередньо ставили до відома – прокурор чи слідчий ознайомлювали потерпілого або його представника з постановою про направлення справи до суду). Щоправда, Кримінальний процесуальний кодекс не передбачає обов'язку прокурора врахування думки потерпілого, якщо він, наприклад, висловлює заперечення.

Під час здійснення судового провадження згідно з нормами нового КПК України з клопотанням про звільнення від кримінальної відповідальності обвинуваченого може звернутися сторона кримінального провадження (у суді це – прокурор, потерпілий, його представник та законний представник, обвинувачений (підсудний), особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, їхні захисники та законні представники).

У випадку звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим сам факт примирення злочинця та жертви є необхідною підставою для застосування ст. 46 КК України. Примирення визначається як акт прощення потерпілим свого кривдника, що заподіяв йому шкоду, досягнення з ним згоди та миру [2, с. 138]. У цій ситуації поведінка потерпілого є реалізацією права на примирення, закріпленого матеріальним законом. Вона є конклюдентною, тобто відповідає певній поведінці винної особи. Примирення винної особи з потерпілим у згаданій Постанові Пленуму Верховного Суду України (п. 4) тлумачиться як “акт прощення її ним (ними) в результаті вільного волевиявлення, що виключає будь-який неправомірний вплив, незалежно від того, яка зі сторін була ініціатором та з яких мотивів” [1, с. 14]. Звернення винного про прощення буде недостатньо без адекватного волевиявлення потерпілого, як і навпаки – ініціатива потерпілого щодо прощення, не підтримана винним, не спричинить закриття справи з цієї підстави.

Поведінка потерпілого, у разі закриття справи за статтею 46 КК, полягає в наступному: формулювання винному вимог, що випливають з факту заподіяння злочином шкоди; прийняття компенсації шкоди від винного чи його родичів (якщо особисте відшкодування неможливе, але здійснюється з волі винного); прощення потерпілим винної особи.

Розмір відшкодування у випадку примирення винного з потерпілим (на відміну від закриття справи і звільнення від відповідальності за підставою дійового каяття) вже не обов'язково має повністю відповідати заподіяному. В цьому, на нашу думку, проявляється суттєвий момент диспозитивності: потерпілий сам вирішує, який розмір компенсованої шкоди його задовольнить. Вартість отриманого може бути більшою чи меншою, але водночас достатньою для того, щоб потерпілий пробачив винного.

Про розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, відомості про її відшкодування, про наявність обставин, які свідчать, що особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за правовою (матеріальною) підставою прокурор вказує у своєму клопотанні про звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 287 КПК України).

Незважаючи на те, що в теорії кримінального процесу неодноразово висловлювалися пропозиції врегулювати на законодавчому рівні процедуру примирення винного з потерпілим, надати їй чіткішої процесуальної форми, у новому Кримінальному процесуальному кодексі ці пропозиції, на жаль, не знайшли свого відображення.

#### **Список використаних джерел:**

1. Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності: Постанова Пленуму Верховного Суду України №12 від 23 грудня 2005 року // Вісник Верховного Суду України. – № 2. – 2006. – С. 13-16.
2. Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності / Ю. В. Баулін – К. : Атіка, 2004. – 296 с.



**С. Й. Гонгало,**

*старший викладач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету "Острозька академія"*

## **ЕЛЕКТРОННІ ПЛАСТИКОВІ КАРТКИ ЯК ОБ'ЄКТ СУДОВОЇ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ДОКУМЕНТІВ**

Сьогодні практично неможливо уявити життя без пластикових карток. Більшість громадян України мають у своєму розпорядженні картки соціального страхування, клубні картки, проїзні квитки, банківські картки тощо. Інтеграція України у Європейське Співтовариство передбачає запровадження паспортів з біометричними даними. Всі ці новації є вимогами часу, у якому ми живемо. Разом з тим, стрімке впровадження технічних новинок, які покликані зробити наше життя більш комфортним, випереджає їх юридичне врегулювання у повсякденному обігу, чим вдало користуються різного роду ділки. З року в рік зростає кількість злочинів, що вчиняються з використанням високих технологій. При цьому електронні документи, різновидами яких є банківські картки, електронні посвідчення особи тощо, можуть бути як об'єктами злочинних посягань, так і знаряддям скоєння злочинів. Саме цим обґрунтовується актуальність дослідження можливостей криміналістичної експертизи пластикових карток в рамках судової техніко-криміналістичної експертизи документів.

Теоретичне підґрунтя щодо можливостей експертно-криміналістичного дослідження таких документів заклав В. К. Лисиченко. Подальшого розвитку, зазначена проблематика, набула в працях українських вчених-криміналістів і практиків В. Г. Гончаренко, Н. І. Клименко, М. В. Салтевського, Т. В. Тимофєєвої та російських Т. Е. Кукарнікової, Є. р. Росінської, О. І. Усова та інші.

Електронна пластикова картка є сучасним засобом електронних платежів, широко використовується в якості оплати різноманітних товарів та послуг. Основною функцією пластикових карток є ідентифікація особи, яка її використовує, як суб'єкта платіжної системи [1, с. 3].

На сьогодні існує наступна класифікація карток:

1) за матеріалом, з якого вони виготовлені: паперові (картонні); пластикові (найбільш поширені); металеві;

2) за способом запису інформації на карту: графічний запис; ембоскування; штрих-кодування; кодування на магнітній смужці; чип або мікросхема; лазерний запис;

3) за загальним призначенням: ідентифікаційні; інформаційні; розрахункові (для фінансових операцій);

4) за емітентами: банківські (універсальні) карти; приватні карти.

Банківські та інші картки, що використовуються для розрахунків, є наступних видів: 1) автономний "електронний гаманець"; 2) "електронний гаманець" з дублюванням рахунку у емітента; 3) "ключ до рахунку" – засіб ідентифікації власника рахунку, яким володіє і веде емітент.

Картки з магнітною смужкою досить рідко використовуються в якості "гаманця" і, зазвичай, є лише ключем доступу до основного рахунку. В якості "електронних гаманців" застосовують картки з чипами, як найбільш захищені від підроблення.

Картки, як об'єкти судової техніко-криміналістичної експертизи документів (СТЕД), мають свою специфіку. В них поєднано ознаки як традиційного, аналогового документа, так і нового – електронного. Картка, як традиційний об'єкт СТЕД, характеризується такими ознаками: матеріал, з якого вона виготовлена; спосіб друку графічних та текстових елементів; наявністю видимих та прихованих елементів захисту; засобів ідентифікації і т. д. має й інші, не характерні для даного виду експертизи елементи. До таких належать: штрих-код (в основному наноситься на паперові картки), магнітна полоса, чип або мікросхема, в яких у закодованому вигляді, зрозумілому лише для машини, міститься певна інформація. Такою інформацією може бути: номер рахунку, дата закінчення терміну дії картки та відомості про її власника, додаткові елементи безпеки, які при зчитуванні повинні співпасти з ембосованими елементами на картці, код доступу до рахунку тощо.

Криміналістичне дослідження пластикових карт є окремим випадком дослідження бланків документів, за допомогою якого вирішуються діагностичні та ідентифікаційні задачі у відповідності з за-

гальними вимогами методики проведення криміналістичного дослідження документів [1, с. 32]. На сьогодні експертно-криміналістичне дослідження карток проводиться в межах техніко-криміналістичної експертизи документів і становить окремий її підвид – експертизу пластикових карток [2, с. 79]. Наявність ознак електронного документа передбачає проведення комплексного дослідження пластикових карток в межах СТЕД та експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів. Оскільки в штрих-кодів, на магнітній полосі, чипові чи мікросхемі, міститься певна юридично важлива інформація, то її необхідно дослідити в межах інформаційно-комп'ютерної експертизи, яка є підвидом експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів [2, с. 165].

З появою та введенням у обіг електронних документів судова техніко-криміналістична експертиза документів не лише не втратила своєї актуальності, а навпаки – перейшла на новий, більш високий рівень дослідження. Вона все більше набуває комплексного характеру, коли дослідженню підлягають не лише зовнішні ознаки документа, його форма, а й внутрішня, інформативна, складова.

Виходячи з того що електронні пластикові картки є документами нового покоління, що поєднують у собі ознаки аналогових та електронних документів, вважаємо за доцільне ввести, в рамках технічної експертизи документів, такий її підвид, як інформаційно-комп'ютерна експертиза документів.

#### **Список використаних джерел:**

1. Тимофеева Т. В. Исследование пластиковых платежных карточек: методические рекомендации / Т. В. Тимофеева. – К. : ГНІЕКЦ МВД України, 2005. – 37 с.
2. Експертизи у судовій практиці: наук. практ. посіб. / за заг. ред. В. Г. Гончаренка. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 400 с.
3. Клименко Н. І. Судова експертологія: Курс лекцій: Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / Н. І. Клименко. – К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 528 с.

**С. М. Зеленський,**

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правознавства Кіровоградського державного педагогічного університету ім. В. К. Винниченка*

## **ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА**

Зміна поглядів у суспільстві на побудову вітчизняної правової системи, відбулася у 1991 році разом із здобуттям незалежності Україною. Ці зміни засвідчили прагнення людей до побудови більш справедливого суспільства, держави, діяльності, якої базується на принципах демократії, верховенства права, держави в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю.

Наша держава взяла на себе досить відповідальні зобов'язання щодо забезпечення права кожної людини при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення, на справедливий і відкритий розгляд справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону у зв'язку з ратифікацією 17 липня 1997 р. Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі – Конвенція). 11 вересня 1997 року вона набула чинності у нашій державі. Право на справедливий суд у повній мірі не закріплено ні в Конституції України, ні в кримінально-процесуальному законодавстві. Ми можемо констатувати, що захищаються лише окремі елементи цього права. Саме це обумовило підготовку цієї публікації. Її **метою** є з'ясування змісту поняття права на справедливий суд за положеннями нового кримінально-процесуального законодавства України.

Забезпечення права на справедливий суд має вирішальне значення для забезпечення конституційного принципу верховенства права в Україні. Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (далі – КУ) (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання), назвав одним із проявів верховенства права те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції [1].

У ч. 1 ст. 55 КУ, гарантовано право кожного на судовий захист прав і свобод людини і громадянина. Завдяки суду з часів утворення перших держав людина може відчувати себе захищеною з боку держави, скористатися судовими процедурами для відновлення порушеного права. Спорідненість понять справедливості і права ми відчуваємо навіть інтуїтивно. Їх поява пов'язується із часом виникнення первісних спільнот людей, що забезпечувало їм виживання, підтримання порядку та розвиток на основі додержання загальнообов'язкових правил. Законодавство з'являється набагато пізніше, але його поява відкрила новий напрям у розвитку права і нові можливості врегулювання суспільних відносин. Справедливість, як зазначає О. Г. Шило, у людській свідомості пов'язується з правом та правосуддям [2, с. 7]. На наш погляд, можна виділити два напрями забезпечення права на справедливий суд. Перший стосується забезпечення судом співмірності злочину і покарання у кримінально-правовому розумінні поняття права на справедливий суд, другий – забезпечення справедливості самої судової процедури. Справедливість суду у кримінально-процесуальному розумінні означає забезпечення прав, свобод і законних інтересів учасників процесу на всіх його стадіях, а не лише у його центральній стадії судового розгляду.

Ще одним кроком у напрямі створення умов для забезпечення права на справедливий суд стала розробка Національною комісією із зміцнення демократії та утвердження верховенства права Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів (далі – Концепція), яка була затверджена 10 травня 2006 року Президентом України

[3]. З метою впровадження Концепції прийнято Закон України “Про судоустрій і статус суддів” від 07.07.2010 року. За цим законом, ч. 1, 2 ст. 7, кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним та безстороннім судом утвореним відповідно до закону. Для забезпечення справедливого та неупередженого розгляду справ у розумні строки, встановлені законом, в Україні діють суди першої, апеляційної, касаційної інстанцій і Верховний Суд України.

Для відновлення порушеного права, а отже і забезпечення права на справедливий суд, виходячи з аналізу конституційно-правової норми (ч. 2, 3, 4 ст. 55 КУ) кожному гарантується право: 1) оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування; 2) звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; 3) використання всіх національних засобів правового захисту та звернення за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних міжнародних організацій членом, або учасником яких є Україна.

Із розвитком національного кримінально-процесуального законодавства, прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), відбулося визначення і нормативне закріплення загальних засад кримінального впровадження [4]. Вони відображають положення міжнародно-правових документів, що встановлюють визнані міжнародною спільнотою стандарти у сфері кримінального правосуддя. Загальними засадами, що визначають виключне право суду у здійсненні правосуддя і забезпечують право на справедливий суд, є положення закріплені у ст. ст. 17, 30 КПК України, відповідно до яких у кримінальному провадженні правосуддя здійснюється лише судом згідно з правилами, передбаченими самим КПК України і презумпцію невинуватості та забезпечення доведеності вини. Вони деталізують у кримінально-процесуальному законодавстві положення ст. ст. 62, 124 КУ і відображають внутрішню сутність правосуддя. Встановлюють гарантії від безпідставної підозри і обвинувачення, особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у передбаченому законом порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. До числа загальних засад кримінального судочинства, що забезпечують право кожного на справедливий суд, віднесено доступ до правосуддя. Цією засадою передбачено обов’язок суду не відмовляти у розгляді справ, віднесених до їх компетенції, зручне територіальне їх розташування та наявність достатньої кількості судів і суддів. Обмеженням доступу до правосуддя слід вважати неможливість оскарження Законів і підзаконних нормативних актів, Постанов Кабінету Міністрів України і Верховної Ради, Указів Президента у разі обмеження ними прав і свобод. Така можливість існує, але тільки лише Конституційний суд може визнати ці правові акти неконституційними, особи ж мають обмежений доступ до конституційного правосуддя в Україні. Перешкодами для доступу до правосуддя не можуть бути віддаленість від суду, розмір судових витрат та недоліки у системі надання правової допомоги, відсутність належної системи поінформованості особи про порядок та організацію діяльності судів.

Суд, як орган, що має юрисдикційні повноваження, уповноважений тлумачити і застосовувати норми права, виносити в установленому законом порядку обов’язкові для виконання рішення. Він має відповідати вимогам, які виключають будь-які сумніви щодо його справедливості. Такі вимоги можна визначити виходячи з аналізу положень Конституції та Законів України, а також з урахуванням положень ст. 6 Конвенції та практики її застосування Європейським судом з прав людини. Справедливий розгляд справи може забезпечити незалежний та неупереджений суд, створений відповідно до закону; судді, що вирішують справу є повноважними і незмінюваними впродовж її розгляду; характер здійснення правосуддя має бути публічним; суд має бути підконтрольним суспільству; рішення суду мають бути законними і обґрунтованими; має бути забезпечено безумовне виконання рішень суду; судова процедура має бути достатньо простою, прозорою і зрозумілою, містити достатньо гарантій для винесення справедливого рішення в кожній конкретній справі.

#### **Список використаних джерел:**

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м’якого покарання) від 2 листопада 2004 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

2. Шило О. Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України : монографія / О. Г. Шило. – Х. : Право, 2011. – 472 с.

3. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів [Текст] : Указ Президента України від 10.05.2006 № 361/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг ред. В. Я Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.



**О. В. Іващенко,**

*здобувач кафедри кримінального права, процесу і криміналістики Івано-Франківського факультету Національного університету "Одеська юридична академія"*

## **ПІДСТАВИ І ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ВИКЛИКУ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ДЛЯ УЧАСТІ У СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЯХ**

Досудове розслідування являє собою процесуальну діяльність органів досудового розслідування, визначених ст. 38 нового КПК України, яка направлена на розкриття кримінальних правопорушень і притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які їх вчинили. У ході цієї діяльності органи досудового розслідування провадять у встановленому кримінальним процесуальним законом порядку слідчі (розшукові) дії, спрямовані на з'ясування обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Так, відповідно до ч. 1 ст. 223 нового КПК України, слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

У теорії кримінального процесу дослідженню як теоретичних питань, пов'язаних з визначенням поняття та правової природи слідчих (розшукових) дій, так і практичних проблем щодо підстав і порядку їх провадження, присвячена значна увага. Зокрема, вказані питання ґрунтовно висвітлюються у наукових працях Н. В. Борзих, І. І. Войтовича, А. В. Дудки, Є. Д. Лук'янчикова, О. р. Михайленка, О. А. Солдатенко, В. І. Фаринника, А. П. Черненка, Ю. М. Чорноус, Н. І. Щегель та інших вчених, більшість з яких опубліковані до прийняття нового КПК України. Водночас, у них недостатньо повно висвітлюється порядок виклику учасників кримінального провадження для участі у слідчих (розшукових) діях. Викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети цієї статті дослідження процесуального порядку виклику слідчим, прокурором учасників кримінального провадження для допиту чи участі в іншій слідчій (розшуковій) дії з урахуванням норм нового КПК України.

Про провадження слідчої (розшукової) дії учасники кримінального провадження, які беруть у ній участь, інформуються шляхом їх виклику або запрошення слідчим, прокурором. Зі змісту ч. 2 ст. 133 нового КПК України випливають дві підстави для виклику учасника кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії: 1) наявність у слідчого, прокурора достатніх підстав вважати, що особа може дати показання, які мають значення для кримінального провадження; 2) обов'язковість участі особи у слідчій (розшуковій) дії [3].

За першою підставою може бути викликана будь-яка особа, у тому числі й малолітня та неповнолітня, яка може дати в якості свідка, потерпілого показання, що мають значення для кримінального провадження (ст. ст. 224 і 226 нового КПК України), а також особа, у тому числі й неповнолітня, якій повідомлено про підозру або яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 42 і ст. ст. 224 і 226 нового КПК України). З огляду на норму ч. 1 ст. 95 нового КПК України, показання свідка, потерпілого, підозрюваного можуть бути одержані виключно під час допиту, у тому числі й у режимі відеоконференції (ст. 232 нового КПК України).

За другою підставою виклику для участі у проведенні слідчої (розшукової) дії підлягають: 1) захисник – для участі у допиті та інших слідчих (розшукових) діях, які проводяться за участю підозрюваного, у випадках, коли участь захисника у кримінальному провадженні є обов'язковою або він залучається для проведення окремої невідкладної слідчої (розшукової) дії (ч. 5 ст. 46, ст. ст. 52, 53, 490 і 507 нового КПК України); 2) законний представник, педагог або психолог – для участі у допиті чи іншій слідчій (розшуковій) дії за участю малолітньої або неповнолітньої особи, у тому числі й неповнолітнього підозрюваного (ч. 1 ст. 226, ч. 1 ст. 227 і ч. 1 ст. 491 нового КПК України); 3) особа, яка підлягає впізнанню, особа, яка впізнає, та інші особи тієї ж статі у кількості не менше трьох осіб – для участі у пред'явленні особи для впізнання, у тому числі й у режимі відеоконференції (ч. 2 ст. 228 і ст. 232 нового КПК України); 4) особа, яка впізнає, – для участі у пред'явленні речей для впізнання, у тому числі й у режимі відеоконференції (ч. 1 ст. 229 і ст. 232 нового КПК України); 5) поняті – для участі у пред'явленні особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, у тому числі пов'язаного з експертизою,

слідчого експерименту, освідкування особи, за винятком випадків застосування безперервного відеозапису ходу проведення вказаних слідчих (розшукових) дій, а також в обшуку або огляді житла чи іншого володіння особи, обшуку особи незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії (ч. 7 ст. 223 нового КПК України); 6) судово-медичний експерт або лікар – для участі в огляді трупа (ч. 1 ст. 238 нового КПК України); 7) судово-медичний експерт – для участі в огляді трупа, пов'язаного з ексгумацією (ч. 2 ст. 239 нового КПК України); 8) особа, яка освідкується (підозрюваний, свідок, потерпілий), – для участі в освідкуванні (ч. 1 ст. 241 нового КПК України).

Водночас, системний аналіз норм глави 20 нового КПК України дозволяє стверджувати, що в окремих випадках визначення доцільності участі тих або інших осіб у слідчих (розшукових) діях нормами кримінального процесуального закону покладається на розсуд слідчого, прокурора, який їх проводить. Зокрема, за необхідності до участі у допиті залучається перекладач (ч. 3 ст. 224 нового КПК України), а у допиті та інших слідчих (розшукових) діях за участю малолітньої або неповнолітньої особи, у тому числі й неповнолітнього підозрюваного, – також і лікар (ч. 1 ст. 226, ч. 1 ст. 227 і ч. 1 ст. 491 нового КПК України), у пред'явленні для впізнання – спеціаліст для фіксування впізнання технічними засобами, психолог, педагог та інші спеціалісти (ч. 8 ст. 228 нового КПК України), в обшуку житла та іншого володіння особи й огляді – спеціаліст (ч. 1 ст. 236 і ч. 3 і 7 ст. 237 нового КПК України), у слідчому експерименті – спеціаліст, підозрюваний, потерпілий, свідок, захисник, представник (ч. 2 і 3 ст. 240 нового КПК України), в освідкуванні особи – судово-медичний експерт або лікар (ч. 2 ст. 241 нового КПК України). Необхідність залучення вказаних осіб зумовлює обов'язковість їх участі у тій або іншій слідчій (розшуковій) дії.

Для участі в окремих слідчих (розшукових) діях учасники кримінального провадження підлягають запрошенню слідчим, прокурором. Так, ч. 1 ст. 236 і ч. 3 ст. 237 нового КПК України закріплюють, що для участі в обшуку житла чи іншого володіння особи й огляді можуть бути запрошені потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник, представник та інші учасники кримінального провадження. У вказаних випадках їх участь у слідчих (розшукових) діях не може бути визнана обов'язковою, що не дозволяє розглядати норми ч. 1 ст. 236 і ч. 3 ст. 237 нового КПК України в якості підстав для виклику учасників кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії.

Виклик учасника кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії здійснюється у порядку, визначеному ст. 135 нового КПК України, ч. 1 якої передбачає такі способи виклику: 1) шляхом вручення повістки про виклик; 2) шляхом надіслання повістки поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком; 3) шляхом здійснення виклику по телефону або телеграмою.

В окремих випадках кримінальний процесуальний закон чітко встановлює спосіб виклику особи для участі у слідчій (розшуковій) дії. Наприклад, виклик підозрюваного, свідка, потерпілого, його представника, які перебувають або проживають за межами території України, здійснюється шляхом направлення повістки про виклик (ч. 7 ст. 135 і ч. 1 ст. 566 нового КПК України). У випадках, коли спосіб виклику учасника кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії кримінальним процесуальним законом не визначається, його вибір покладається на розсуд слідчого, прокурора. Як відзначає Є. Д. Лук'янчиков, способи передачі інформації особі, яка підлягає виклику, залежать від процесуального статусу, вікових характеристик, місця знаходження та громадянства особи [4, с. 229]. У теорії криміналістики обґрунтовано звертається увага на необхідність врахування при обранні способу виклику на допит як процесуального статусу учасника кримінального провадження, так і слідчої ситуації, яка склалася при розслідуванні кримінального правопорушення. Так, Є. р. Россинська вважає, що “із числа передбачених законом способів виклику на допит слідчий обирає той, який у даній ситуації оптимально сприяє встановленню психологічного контакту з допитуваним, збереженню у таємниці від інших осіб самого факту виклику на допит, проведенню допиту у встановлений час і в потрібному місці” [2, с. 630].

Відповідно до ч. 6 ст. 135 нового КПК України, повістка про виклик вручається особі працівником органу зв'язку, працівником правоохоронного органу, слідчим, прокурором. Повістка про виклик учасника кримінального провадження для участі у слідчих (розшукових) діях підлягає особистому врученню під розпис. Із цього загального правила кримінальний процесуальний закон встановлює низку винятків, які обумовлені місцезнаходженням особи (її тимчасовою відсутністю за місцем проживання, перебуванням під вартою, проживанням або перебуванням особи за кордоном), віковими характеристиками особи і наявністю в особи психічних захворювань, які зумовлюють її обмежену дієздатність (ч.

ч. 2 – 7 ст. 135, ч. 1 ст. 564, ч. 1 ст. 565 нового КПК України). Так, у разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання, повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи. Особа, що перебуває під вартою, викликається через адміністрацію місця ув'язнення. Повістка про виклик особи, яка проживає за кордоном, вручається згідно з міжнародним договором про правову допомогу, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, а за відсутності такого – за допомогою дипломатичного (консульського) представництва.

У випадку недосягнення особою повноліття або за наявності в неї психічного захворювання, яке зумовлює обмежену дієздатність, повістка про виклик підлягає врученню особі, яка представляє законні інтереси викликаної особи. Зокрема, повістка про виклик неповнолітньої особи, як правило, вручається її батьку, матері, усиновлювачу або законному представнику. Хоча кримінальний процесуальний закон передбачає можливість вручення неповнолітній особі, у тому числі й неповнолітньому підозрюваному, повістки про виклик в іншому порядку, але застосування останнього він обмежує випадками, коли це обумовлюється обставинами кримінального провадження (ч. 4 ст. 135 і ст. 489 нового КПК України). Наприклад, Є. Д. Лук'янчиков вважає, що в іншому порядку неповнолітні викликаються з міркувань правового або тактичного характеру: у зв'язку з необхідністю застосувати привід неповнолітнього, допитати його негайно або без участі батьків чи інших законних представників, коли є достатні підстави вважати, що такі особи можуть негативно вплинути на неповнолітнього [4, с. 231]. Повістка про виклик для участі у слідчій (розшуковій) дії обмежено дієздатної особи вручається її піклувальнику.

Крім вручення повістки про виклик, кримінальний процесуальний закон передбачає можливість виклику особи для участі у слідчій (розшуковій) дії шляхом надіслання повістки поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком. У випадку відправлення повістки про виклик поштою, вона з огляду на ч. 6 ст. 135 нового КПК України, підлягає врученню особі працівником органу зв'язку. Відправлення повісток про виклик слідчим, прокурором та їх вручення працівниками органів зв'язку здійснюється у порядку, встановленому Правилами надання послуг поштового зв'язку, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 05.03.2009 р. № 270, для судових повісток. Повістки про виклик вручаються адресату, а у разі його відсутності – повнолітньому члену сім'ї, а у разі відсутності адресата або повнолітніх членів його сім'ї до абонентської поштової скриньки адресата вкладається повідомлення про її надходження (п. 99 вказаних Правил) [7].

Виходячи зі змісту ч. 2 ст. 136 нового КПК України, обов'язковою умовою надіслання повістки про виклик електронною поштою є попереднє повідомлення особою, яка підлягає виклику, слідчому, прокурору адреси своєї електронної пошти. Аналогічним чином потрібно вирішити питання про можливість виклику особи для участі у слідчій (розшуковій) дії за допомогою засобів факсимільного зв'язку – для застосування цього способу виклику особа повинна попередньо повідомити слідчому, прокурору номер факсу, за яким може бути відправлена повістка про виклик.

Важливими гарантіями права учасника кримінального провадження бути проінформованим про провадження слідчої (розшукової) дії за його участю є вимоги кримінального процесуального закону про необхідність належного підтвердження факту своєчасного отримання особою повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим способом. Зокрема, виходячи зі змісту ч. ч. 1 і 2 ст. 136 нового КПК України, належним підтвердженням цього виступають: 1) розпис особи про отримання повістки, у тому числі на поштовому повідомленні; 2) відеозапис вручення особі повістки; 3) будь-які інші дані, які підтверджують факт вручення особі повістки про виклик або ознайомлення з її змістом; 4) підтвердження особою, яка попередньо повідомила слідчого, прокурора про адресу своєї електронної пошти, отримання повістки про виклик відповідним електронним листом. Повістка про виклик повинна бути своєчасно вручена особі, яка підлягає виклику для участі у слідчій (розшуковій) дії. Несвоєчасне одержання повістки про виклик визнається поважною причиною її неприбуття на виклик (п. 7 ч. 1 ст. 138 нового КПК України).

Особа для участі у слідчій (розшуковій) дії може бути викликана по телефону або телеграмою. Ст. ст. 135 і 136 нового КПК України лише закріплюють можливість виклику особи для участі у слідчих (розшукових) діях по телефону або телеграмою, але не передбачають порядок здійснення такого виклику. У випадку виклику особи по телефону або телеграмою слідчий, прокурор повинні сформулювати зміст такого виклику, який повинен відповідати вимогам до змісту повістки про виклик, визначеним ст. 137 нового КПК України.

Виклик особи телеграмою здійснюється у порядку, передбаченому Правилами надання та отримання телекомунікаційних послуг, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 11.04.2012 р. № 295, п. 22 додатку 2 до яких закріплює, що кожна телеграма вручається особисто адресатові, а на підприємствах, в установах, організаціях, військових частинах, готелях, гуртожитках, лікувально-оздоровчих закладах тощо – призначеній для приймання телеграм особі під розписку із зазначенням дати та часу вручення телеграми. У разі відсутності адресата особа, яка здійснює доставку телеграм, залишає за відповідною адресою повідомлення про отримання телеграми, в якому зазначається номер телефону відділення зв'язку, яке здійснює доставку телеграм [6]. Належним підтвердженням факту отримання особою телеграми, якою вона викликається для участі у слідчій (розшуковій) дії, виступатиме приєднана до матеріалів кримінального провадження довідка відділення зв'язку, яке здійснило доставку телеграми.

У випадку виклику для участі у слідчих (розшукових) діях по телефону слідчому, прокурору потрібно враховувати неможливість процесуального підтвердження отримання особою виклику, оскільки факт його одержання може бути підтверджений виключно особою, яка отримала виклик. Тому викликати особу для участі у слідчій (розшуковій) дії по телефону доцільно виключно у тих випадках, коли слідчий, прокурор впевнені в її явці за викликом у вказаний час і дату та визначене місце прибуття.

Ч. 8 ст. 135 нового КПК України передбачає, що особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом не пізніше ніж за три дні до дня, коли вона зобов'язана прибути за викликом. Одночасно з цього правила встановлюється виняток для тих випадків, коли кримінальним процесуальним законом встановлюються строки провадження процесуальних дій, які не дозволяють здійснити виклик у зазначений строк. Вказаний виняток пов'язаний із закріпленням нормами КПК України обов'язку слідчого, прокурора невідкладно провести ту або іншу слідчу (розшукову) дію. Зокрема, ч. 4 ст. 223 нового КПК України до числа невідкладних відносить випадки, коли затримка в проведенні слідчих (розшукових) дій може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі підозрюваного. У випадках встановлення нормами кримінального процесуального закону строків проведення процесуальних дій, особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом якнайшвидше, але в будь-якому разі з наданням їй необхідного часу для підготовки та прибуття за викликом.

Певні особливості притаманні інформуванню про провадження слідчих (розшукових) дій та необхідність явки для участі в них осіб, які користуються дипломатичним імунітетом. Як впливає зі змісту ч. 2 ст. 6 нового КПК України, особи, які користуються дипломатичним імунітетом, можуть бути викликані для допиту в якості підозрюваного лише за їх згодою або за згодою компетентного органу держави (міжнародної організації), яку представляє така особа, у порядку, передбаченому законодавством України та міжнародними договорами України. З огляду на ч. 4 ст. 65 нового КПК України, особи, які мають право дипломатичної недоторканності, можуть бути викликані для допиту як свідки лише за їх згодою, а працівники дипломатичних представництв – за згодою представника дипломатичної установи. Як і для участі у допиті, для участі у провадженні інших слідчих (розшукових) дій особи, які користуються дипломатичним імунітетом, підлягають виклику за їх згодою зі з'ясуванням можливості їх явки шляхом направлення слідчим, прокурором запиту у письмовій формі в консульське управління Міністерства закордонних справ України.

Як відзначає А. П. Черненко, з моменту одержання учасниками досудового розслідування повістки або іншого повідомлення про виклик виникає обов'язок цих учасників з'явитися за викликом слідчого [8, с. 148-149]. Повісткою про виклик або в інший спосіб, передбачений ч. 1 ст. 135 нового КПК України, особа інформується про як про час, день, місяць, рік і місце прибуття і процесуальну дію, для участі в якій вона викликається, так і про наслідки неприбуття та передбачені кримінальним процесуальним законом поважні причини, через які особа може не з'явитися на виклик та обов'язок заздалегідь повідомити про неможливість з'явлення. При цьому особу, яка викликається для участі у слідчій (розшуковій) дії, потрібно детально проінформувати про наслідки неприбуття за викликом із зазначенням тексту відповідних положень закону, у тому числі й про можливість застосування приводу.

В окремих випадках інформування учасників кримінального провадження про проведення слідчих (розшукових) дій за їх участю слідчим, прокурором не здійснюється, що зумовлюється як станом здоров'я особи, яка підлягає допиту, наявністю в неї фізичних або психічних вад, так і тактичними міркуваннями. Так, ч. 1 ст. 224 нового КПК України закріплює, що допит проводиться за місцем про-



ведення досудового розслідування або в іншому місці за погодженням із особою, яку мають намір допитати. Досліджуючи порядок провадження слідчих (розшукових) дій за участю осіб з фізичними або психічними вадами, А. В. Дудка відзначає, що для таких категорій осіб повинна бути передбачена можливість проведення слідчих (розшукових) дій в умовах лікувально-профілактичної установи або за місцем проживання [1, с. 109]. Із криміналістичної точки зору при визначенні місця та часу проведення окремих слідчих (розшукових) дій потрібно враховувати фактор раптовості. Зокрема, С. К. Пітерцев та А. А. Степанов вказують, що втрата фактора раптовості може зашкодити результатам допиту недобросовісного, зацікавленого у приховуванні правди свідка, у зв'язку з чим вони рекомендують допитувати такого свідка за місцем роботи у його робочий час та за місцем проживання без попередження про це [5, с. 34]. Поділяючи таку позицію, потрібно відзначити, що у цих випадках попереднє інформування учасників кримінального провадження про провадження слідчих (розшукових) дій може призвести до їх нерезультативності.

Підсумовуючи викладене, потрібно відзначити, що виклик учасника кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії являє собою систему процесуальних дій, направлених на його інформування про необхідність явки до слідчого, прокурора із вказанням процесуального статусу, в якому перебуває викликана особа, часу, дати і місця її прибуття, слідчої (розшукової) дії, для участі в якій викликається особа, та наслідків її неприбуття. Підставами для виклику учасника кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії виступають: 1) наявність у слідчого, прокурора достатніх підстав вважати, що особа може дати показання, які мають значення для кримінального провадження; 2) обов'язковість участі особи у слідчій (розшуковій) дії. Процесуальний порядок виклику учасника кримінального провадження для участі у слідчій (розшуковій) дії новим КПК України диференціюється у залежності від способу виклику. Водночас, незалежно від способу виклику факт своєчасного інформування учасника кримінального провадження про провадження слідчої (розшукової) дії за його участю підлягає обов'язковому підтвердженню.

У подальшому досліджувана у статті проблематика повинна знайти свій розвиток за такими напрямками: 1) дослідження порядку виклику особи для участі у слідчій (розшуковій) дії шляхом надіслання їй повістки електронною поштою чи факсимільним зв'язком; 2) з'ясування позиції шляхом анкетування позиції практичних працівників щодо можливості застосування відеозапису для підтвердження факту вручення особі повістки про виклик; 3) дослідження процесуального порядку виклику слідчим, прокурором учасників кримінального провадження для допиту чи участі в іншій слідчій (розшуковій) дії з урахуванням слідчої практики, напрацьованої за новим КПК України.

#### **Список використаних джерел:**

1. Дудка А. В. Особливості проведення слідчих дій за участю осіб з фізичними або психічними вадами: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Андрій Вікторович Дудка. – К., 2009. – 226 с.
2. Криминалистика: Учебник для вузов / Т. В. Аверьянова, р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. р. Россинская; [под ред. р. С. Белкина]. – М. : Издательство “Норма” (Издательская группа “Норма-Инфра•М”), 2000. – 990 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>.
4. Лук'янчиков Є. Д. Виклик на допит: правові, організаційні, тактичні аспекти / Є. Д. Лук'янчиков // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2003. – № 2. – С. 228-232.
5. Питерцев С. К. Тактика допроса / С. К. Питерцев, А. А. Степанов. – СПб: Питер, 2001. – 160 с.
6. Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 11.04.2012 р. № 295 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-%D0%BF>.
7. Правила надання послуг поштового зв'язку, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 05.03.2009 р. № 270 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/270-2009-%D0%BF/page>.
8. Черненко А. П. Кримінально-процесуальна регламентація слідчих дій: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Анатолій Павлович Черненко. – Х., 2004. – 191 с.



**О. Г. Кобзева,**

*магистрант кафедры уголовного процесса ФГБОУ ВПО “Саратовская государственная юридическая академия” (Россия)*

## **СОКРАЩЕННЫЕ ПРОИЗВОДСТВА И ИХ ПРАВОВОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ**

Преступность – явление социальное, и ее существование неразрывно связано с существованием самого общества. Имея корни свои глубоко в древности, она возникла вместе с государством (ведь, по сути, мы не можем говорить о преступности в юридическом понимании этой категории, ввиду того, что без государства и права, даже при существовании столь негативного явления правовой оценки противоправным деянием не давалось). И лишь с возникновением права общество, криминализовав определенные поступки, дало им правовую оценку как аморальным, противоречащим устоям общества и, соответственно, заслуживающим наказания. Таким образом, общество выделило основные ценности (такие как жизнь, здоровье, собственность и др.), обеспечив им особую охрану силой государственного принуждения.

Сегодня, несмотря на тенденцию к снижению числа возбужденных уголовных дел, например, органами внутренних дел, за последние годы (2006 г. – 3262,6 тыс., 2007 г. – 2991,6 тыс., 2008 – 2632,6 тыс., 2009 г. – 2445,5 тыс., 2010 г. – 2183,2 тыс., 2011 г. – 1982,4 тыс. [1, с. 1]), их количество остается по-прежнему весьма высоким. Кроме того, появляются новые виды преступлений, причиняющие значительный ущерб охраняемым интересам общества и государства [2].

На всё это государство должно своевременно реагировать. Однако, без соответствующей законодательной базы сделать этого невозможно. Поэтому ее постоянное развитие и совершенствование является залогом успешной работы правоохранительных органов и основой для становления правового государства.

Для наиболее эффективной борьбы с преступностью в “арсенале” законодателя на сегодняшний день имеются так называемые “сокращенные производства”. Применение их является одним из способов обеспечения процессуальной экономии, ускорения процесса расследования и судебного разбирательства уголовного дела и обеспечения скорейшего достижения назначения уголовного судопроизводства (ч. 1 ст. 6 УПК).

Сокращенные производства имеют свою историю возникновения и развития, исчисляемую веками, и присутствуют в уголовно-процессуальном законодательстве, как в нашей стране, так и в большинстве других стран мира. В процессе своего развития формы сокращения нередко менялись, преобразовывались, подстраиваясь под интересы эпохи и политического режима. Несмотря на то, что вопросам сокращенных производств уделялось и уделяется сейчас немало внимания как со стороны ученых, так и со стороны практических работников, они продолжают и сегодня оставаться весьма дискуссионным вопросом.

Правовой статус потерпевшего и подозреваемого (обвиняемого, подсудимого), гарантии соблюдения их прав и свобод так же представляют интерес для исследования. Именно реализуемость имеющихся прав и свобод на практике и составляет назначение уголовного судопроизводства. Изучение же эволюции правового статуса лиц, вовлеченных в сферу уголовно-процессуальной деятельности, важно и с позиции возможности прогнозирования дальнейшего его развития и преобразований в законодательстве.

Например, в литературе проблемы соблюдения прав потерпевшего, как правило, изучаются применительно к общему порядку уголовного судопроизводства, иногда останавливаясь на отдельных стадиях уголовного процесса [3, с. 68-72], к производству отдельных следственных действий [4, с. 21-22], к личности потерпевшего [5, с. 7-9].

В данной статье, говоря об истории возникновения сокращенных производств в России и правовом положении участников уголовного судопроизводства, мы хотим затронуть дореволюционный этап развития отечественного законодательства, провести возможные аналогии между нормами действующего права и возможными историческими предпосылками их зарождения.

Дореволюционный период развития отечественного законодательства, особенно в отношении правовой регламентации прав и свобод потерпевшего от преступления и подозреваемого (обвиняемого) можно условно разделить на два этапа.

Первый этап охватывает период до XVIII века. Он характеризуется тем, что, например, самого понятия “потерпевший” как такового не существовало. Да и само законодательство в ту пору было “смешанным”. Русская Правда, Псковская и Новгородская судные грамоты, Судебники 1497 и 1550 гг., Соборное уложение 1649 г. являлись документами, посвященными разрешению споров в целом, без деления последних на гражданские и уголовные. Наименование сторон было общим, однако, в некоторых источниках разнилось. Так, Русская правда именует стороны “истцами” и “ответчиками”, хоть в отдельных статьях и упоминая “обвиняемого” (например, ст. 87 пространной редакции Русской Правды). При этом термин “обвиняемый” нельзя считать тождественным современному его значению, поскольку употребляется он здесь не как процессуальный статус лица, а скорее в его прямом значении – т. е. истец обвиняет ответчика в совершении деяния (ведь рассмотрение дела в тот период имеет фактически лишь одну стадию – судебную, а всё судопроизводство носит обвинительный характер).

Существование в тот период упрощенных производств может носить лишь предположительный характер, а мнение авторов по этому вопросу расходится. Так, А. В. Смирнов считает, что нормы, регулирующие упрощенное производство, имели место в Русской Правде [6, с. 189-193].

Иной позиции придерживается П. Н. Ременных, говоря о том, что об упрощенном уголовном судопроизводстве ни в раннефеодальной Русской Правде, ни в Судебнике 1497 г. не говорится, а только лишь в Судебнике 1550 г. появляется норма, свидетельствующая о зарождении данного правового института [7, с. 15-16].

С точкой зрения А. В. Смирнова, кстати, можно согласиться лишь в части. Так, Русская Правда упоминала о возможности сокращения процесса вследствие признания вины. Сокращение в подобном случае считалось возможным, ведь при наличии признания дальнейшее продолжение судебного разбирательства утрачивало свой смысл [8, с. 356].

На основе анализа текста Русской Правды и некоторых более поздних правовых документов можно сделать вывод о том, что в рассматриваемый нами период господствовало частное начало как в гражданском, так и в уголовном процессе. Это означает, что для реализации прав и свобод потерпевшего государство лишь устанавливало нормы, степень реализации которых зависела от воли лица, претерпевшего негативные последствия от преступного посягательства. Именно он сам возбуждал производство, предоставлял доказательства, а нередко и виновное лицо.

В Псковской судной грамоте упоминается лишь о фигуре “исца”. Это может быть также обусловлено тем, что данный правовой акт содержит в себе нормы, посвященные как уголовному, так и гражданскому судопроизводству, а, следовательно, регулируя отношения в данных сферах, упрощает подход к определению сторон и их правовому положению.

Судебник 1497 г., упоминая о сторонах спора (будь то гражданско-правовой или уголовно-правовой спор), говорит о фигурах “жалобника”, “исца” и “ответчика”. Как упоминалось выше, фактически не содержал положений, устанавливающих возможность сокращения производства. В целом же возможности реализации прав и интересов потерпевшего ставились в прямую зависимость от его личных усилий, приложенных к этому.

Следующий этап развития отечественного законодательства, заслуживающий внимания, начинается с принятием Соборного уложения 1649 г. Согласно отдельным его нормам, в делах, рассматривавшихся обвинительным порядком, “признание считалось полным доказательством, и потому с ответчика, учинившего признание не во всем иске, взыскивалось то, в чем признался [9, с. 76]”. При производстве же по уголовным делам в форме розыска признание обвиняемого под пыткой относилось к категории доказательств, обладающих полной силой. Интересным представляется тот факт, что если для так называемых “лихих людей” обычным наказанием была смертная казнь, то при наличии признания обвиняемого и при противоречивости иных доказательств наказание смягчалось (осужденный заключался в тюрьму пожизненно) [10, с. 408-425].

Как отмечает Ю. В. Арсентьева, законодатель того времени предусматривал своеобразный компромиссный вариант решения для фактов, не получивших необходимого подтверждения, а также поощрительные механизмы смягчения участи обвиняемого в случае признания им вины. Признание вины имело и самостоятельное влияние на процесс и рассматривалось как один из элементов деятель-

ного раскаяния, явки с повинной, которые сами по себе или в совокупности с примирением сторон служили либо обстоятельствами, смягчающими наказание, либо влекли освобождение от уголовной ответственности [11, с. 59-60].

Началом второго этапа развития правовых положений, касающихся сокращенных производств и закрепления правового положения потерпевшего и подозреваемого (обвиняемого), можно считать XVIII век. Так, признание обвиняемого получило свою более подробную регламентацию в Кратком изображении процессов или судебных тяжб 1716 г. [12, с. 680-681]. Данный документ прямо указывает на признание как на лучшее доказательство. После признания обвиняемым (в документе упоминается как ответчик) своей вины соблюдением установленной процедуры дальнейшее доказывание утрачивает свою обязательность. Данное положение применялось лишь в случае, когда ответчик полностью соглашался со всеми обстоятельствами, на которые указывал челобитчик. Если же согласие было выражено лишь с частью изложенных событий или предлагалась иная версия, процесс доказывания протекал по общей форме в полном объеме.

Последующее свое развитие положения Краткого изображения процессов получили в Своде законов Российской империи 1832 г. Здесь собственное признание обвиняемого также признается “лучшим доказательством всего света” (ст. 316). Во время судебного разбирательства суд должен был опросить обвиняемого о том, не было ли во время предварительного следствия пристрастных допросов и других неправильных действий. В случае необходимости суд подвергал обвиняемого новому допросу, склоняя его к признанию вины [12, с. 710]. Решение суда не основывалось на убеждении в доказанности того или иного факта, а определялось по правилам “сложения значений удельного веса письменных доказательств” [13, с. 52].

Говоря о законодательстве первой половины XIX века, И. Я. Фойницкий отмечал, что причинами особого отношения к признанию подсудимого являлось то обстоятельство, “что было бы неестественно, чтобы человек вопреки правде делал невыгодные для себя разоблачения”. Кроме того, “если же подсудимый сознавался, то не было спора, не нужно было, следовательно, и судебной оценки” [14, с. 267].

В результате судебной реформы 1864 г. и принятия Устава уголовного судопроизводства отношение законодателя к признанию подсудимого, а также к показаниям подсудимого вообще, несколько изменилось.

И. Я. Фойницкий указывал, что “как ни веским представляется в ряду других доказательств собственное признание подсудимого, к нему надо относиться осторожно. ... Низведя признание подсудимого с той высокой степени, на которой оно стояло в прежнее время, законодательство может обойтись и без тех мер принуждения, которые прежде были необходимы. Наш устав запрещает применение каких бы то ни было мер вымогательства сознания подсудимого, как на предварительном, так и на судебном следствии (ст. 404, 406, 679, 680, 685)” [14, с. 268-269].

Как отмечал М. В. Духовской, в тот период средний же показатель количества обвиняемых, признавших свою вину колебался в районе 35% от общего числа подсудимых [15, с. 207].

Устав уголовного судопроизводства регламентировал уголовный процесс фактически до Октябрьской революции, когда новое руководство страны создало свою правовую базу, ознаменовавшую новый этап развития отечественного государства и права.

Таким образом, можно отметить, что сокращенные производства в России имеют свою, уходящую корнями в древность, историю. Вместе с тем, следует понимать, что нормы дореволюционного российского законодательства о роли признанной вины в уголовном процессе, даже во многом сходные по юридической природе и правовым последствиям с современными сокращенными производствами, нельзя считать абсолютно тождественными.

#### **Список использованных источников:**

1. Состояние преступности: [Электронный ресурс] – Режим доступа: [http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/page\\_1/](http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/page_1/).
2. Корсантия А. А., Максименко И. В. Основные причины детерминации преступности в Российской Федерации: [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://rufact.org/blog/2011/jun/26/the-main-causes-of-crime-in-the-determination-of-t/>.
3. Шинкевич Н. Некоторые вопросы обеспечения прав и законных интересов потерпевшего при назначении и производстве экспертизы / Н. Шинкевич // Уголовное право. – 2008. – № 6.

4. Юношев С. В. Обеспечивает ли новый порядок пересмотра приговоров защиту интересов потерпевшего? / С. В. Юношев // Уголовное судопроизводство. – 2011. – № 3.
5. Арчаков М. Ю. Совершенствование порядка обеспечения защиты прав несовершеннолетних потерпевших в уголовном судопроизводстве / М. Ю. Арчаков // Российский следователь. – 2011. – № 9.
6. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / А. В. Смирнов. – СПб., 2000.
7. Ременных П. Н. Теоретические основы и практика применения особого порядка судебного разбирательства: дисс. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2006.
8. Момотов В. В. Формирование русского средневекового права в IX-XIV вв. : Монография. – М., 2003.
9. Линовский В. А. Опыт исторических розысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России / В. А. Линовский. – М., 2001.
10. Российское законодательство X–XX. В 9 т. – Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма. – М. : Юрид. лит., 1986.
11. Арсентьева Ю. В. Освобождение от уголовной ответственности по законодательству России до Уложения 1903 года / Ю. В. Арсентьева // Российский следователь. – 2006. – № 2.
12. Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах / М. А. Чельцов-Бебутов. – СПб., 1995.
13. Пашин С. Теория формальных доказательств и здравый смысл / С. Пашин // Российская юстиция. – 1996. – № 1.
14. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2 / общ. ред. А. В. Смирнова. – СПб. : Изд. «Альфа», 1996.
15. Духовской М. В. Русский уголовный процесс. – М., 1910.

**Я. И. Кот,**

*преподаватель кафедры криминалистики Белорусского государственного университета (Беларусь)*

### **ПРИЗНАКИ СТРЕССА В РАБОТЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ**

В качестве характерных признаков нахождения следователя в состоянии психоэмоциональной напряжённости можно выделить следующие: субъективное осознание невозможности решения определённой задачи; значительные трудности в преодолении препятствий, которые возникли; субъективное ощущение невозможности выбора правильного решения; избыток оптимизма в том, что правильное решение найдётся само собой; уверенность в бесполезности своего труда; восприятие сложной ситуации как шанса “проявить себя”, что вызывает переживание азарта; ощущение одиночества, угнетённости и пустоты на душе; состояние постоянного рассуждения, невозможность чётко обозначить свою роль в сложившейся ситуации; ощущение страха и неуверенности в себе; ощущение дискомфорта, переживания, связанных с неприятностями, которые могли возникнуть, но не возникли, из-за событий, которые могут произойти; использование слабых сторон людей в собственных интересах; попытки заручиться поддержкой окружения; невозможность разобраться в собственных желаниях [7, с. 175].

Признаки стресса, проявляющиеся, прежде всего, во вне, связаны с тем, какие процессы запускает стресс в организме человека. И связано это с изменениями на физиологическом, биохимическом и психологическом уровнях.

Так, отмечается, что организм человека справляется со стрессом четырьмя путями: 1) Стрессоры анализируются в высших отделах коры головного мозга, на основе чего определённые сигналы поступают к мышцам, ответственным за движения, подготавливая организм к ответу на стрессор. 2) Стрессор оказывает влияние и на вегетативную нервную систему: учащается пульс, повышается давление, растёт уровень эритроцитов и содержания сахара в крови, дыхание учащается, увеличивается количество поступающего к тканям кислорода. 3) Из анализаторных отделов коры сигналы поступают в гипоталамус и надпочечники. Надпочечники регулируют выброс в кровь адреналина, который является общим быстродействующим стимулятором. Гипоталамус передаёт сигнал гипофизу, а тот – надпочечникам, в результате возрастает синтез гормонов и их выброс в кровь. Гормоны осуществляют, в основном, медленнодействующую защиту организма. Они изменяют водно-солевой баланс крови, повышая давление, стимулируют быстрое переваривание пищи и освобождают энергию; гормоны повышают число лейкоцитов в крови, стимулируя иммунную систему и аллергические реакции. 4) Наиболее продолжительные соматические реакции на стресс являются результатом активации “эндокринных осей”. Этим термином обозначают эндокринные пути, по которым осуществляется реакция на стресс. Показано, что эти оси могут быть активизированы посредством многочисленных и разнообразных психологических воздействий, включая различные психосоциальные стимулы. Реакция по эндокринным осям не только продолжительна во времени, но, как правило, возникает с некоторой задержкой. Последнее обусловлено, во-первых, тем, что единственным транспортным механизмом для этих осей является система кровообращения, и, во-вторых, тем, что для их активации требуется более сильный раздражитель [2, с. 180].

Все эти биохимические и физиологические изменения мобилизуют организм на выраженную активность (“борьбу” или “бегство”). Когда конфликтная ситуация требует немедленного ответа, адаптивные механизмы работают чётко и слаженно, биохимические реакции ускоряются, а следующие за ними функциональные изменения в органах и тканях позволяют организму реагировать на стрессор с удвоенной силой [8, с. 239].

В связи с этим мы видим изменения именно на физиологическом уровне. Однако для нас более важным в свете рассматриваемой проблемы являются признаки и последствия стресса именно на психологическом уровне.

Также стоит отметить, что в современном мире стресс, нередко ограничиваясь только внутренними проявлениями, может приобрести затяжной характер. В этом случае у организма нет шансов нормали-



зовать уже включившиеся стресс – адаптационные процессы, хотя нервная система продолжает реагировать на стрессоры привычным для организма человека способом. При этом ни одну из физиологических реакций нельзя произвольно исключить из традиционного комплекса реагирования [2, с. 180].

Особенностью проявления стресса у следователей является то, что в состоянии стресса у следователя возникают затруднения в осуществлении функций, связанных с направленностью мышления на решение определённых следственных задач. Это происходит потому, что стресс выступает как фактор, разрушающий указанное выше предварительное “эмоциональное планирование”, а в конечном итоге и всю схему предстоящей деятельности. При сильном стрессе возникает общая реакция возбуждения, и поведение следователя становится в большей или меньшей степени дезорганизованным, уровень исполнения резко падает. Ещё большее усиление стресса приводит к общему торможению, пассивности, бездеятельности [1, с. 43].

Состояние стресса у следователей нередко может сопровождаться сложным психическим состоянием беспокойства, тревоги, тревожности (англ. Anxiety). Однако такое состояние у следователя может возникать и самостоятельно, без характерного для стресса усилия – тревожность как “психическое состояние, которое вызывается возможными или вероятными неприятностями, неожиданностью, изменениями в привычной обстановке и деятельности, задержкой приятного, желательного и выражающееся в специфических переживаниях (опасения, волнения, нарушения покоя и др.) и реакция” [3, с. 61]. По преобладающему компоненту тревожность может быть причислена к эмоциональным состояниям. Но это состояние играет большую роль и в процессе мотивации поведения следователя, в определённых случаях прямо выступая в качестве мотива [2, с. 44]. Под тревогой часто понимают ощущение неосознанной угрозы, чувство опасения и тревожного ожидания или чувство неопределённого беспокойства. Это ощущение служит сигналом, свидетельствующим о чрезмерном напряжении регуляторных механизмов или нарушении адаптационных процессов [9, с. 14]. Тревога имеет личностную обусловленность и по направленности своего проявления может выполнять как охранительные, мобилизующие, так и дезорганизующие функции. В случае, когда уровень тревоги неадекватен ситуации, происходит перенапряжение регуляторных механизмов, что, как правило, заканчивается нарушением поведенческой регуляции. Поведение следователя перестаёт соответствовать ситуации.

Принципиальное разделение тревоги на нормальную и патологическую привело к выделению многочисленных ее аспектов и разновидностей: нормальной, ситуативной, невротической, психотической и др. В то же время большинство авторов расценивает тревогу как единое явление, которое при неадекватном увеличении интенсивности проявления может приобретать патологический характер. Анализ патогенной роли тревоги при психопатологических явлениях, которые представляют собой клинически выраженные нарушения психической адаптации, даёт основание считать тревогу ответственной за большую часть расстройств, в которых проявляются эти нарушения.

Если рассогласование в системе “человек–среда” не достигает значительной степени и уровень тревоги не превышает средних значений, то на первый план выступает ее мотивационная роль, и тогда тревога обуславливает активизацию целенаправленного поведения. При выраженном нарушении сбалансированности в системе “человек–среда”, когда происходит перенапряжение механизмов регуляции, тревога значительно возрастает, отражая формирование состояния эмоционального стресса, который может приобретать хронический характер и снизить эффективность психической адаптации, что, в свою очередь, является одной из предпосылок к развитию болезни.

Однако, рассматривая взаимозависимость тревоги с некоторыми физиологическими показателями, следует учитывать, что тревога – это, прежде всего, субъективное явление, уровень проявления и характер которого зависит от личностных особенностей индивида. В настоящее время хорошо известно, что особенности личности непосредственно влияют на характер ответного реагирования организма на воздействие окружающей среды [4, с. 427].

Таким образом, всё многообразие именно психологических признаков, симптомов стресса проявляющихся на психологическом уровне, можно обозначить как: постоянная раздражительность при общении с людьми; потеря интереса к жизни; чувство, что враждебности со стороны коллег; утрата чувства юмора; постоянное ожидание негативного результата; безразличие (к работе, домашним делам, внешности, друг к другу); негативное эмоциональное чувство и оценка себя; чувство, что справляешься с повседневными заботами, и возникают проблемы; постоянный или возникающий страх заболеть; страх перед будущим (Страх ощущается как фатально неизбежное); страх перед собственной несо-

стоятельностью; сильный страх открытого или замкнутого пространства или страх перед уединением; трудности с принятием решения; пониженная способность к концентрации; неспособность завершить одно дело, не бросив его и не начав другое; чувство, что никому нельзя доверять; потеря интереса к людям; постоянное чувство едва гнева или ярости.

Нарушение же показателей внимания в первую очередь обусловлено тем, что в коре больших полушарий человека формируется стрессорная доминанта, вокруг которой формируются все мысли и переживания. При этом концентрация произвольного внимания на других объектах затруднена и отмечается повышенная отвлекаемость.

В несколько меньшей степени страдает функция памяти. Тем не менее, постоянная загруженность сознания обсуждением причин стресса и поисков выхода из него снижает ёмкость оперативной памяти, а изменённый при стрессе гормональный фон вносит нарушения в процесс воспроизведения необходимой информации [5, с. 19].

Следует также отметить возможное нарушение нормального взаимодействия полушарий мозга при сильном эмоциональном стрессе в сторону большего доминирования правого, “эмоционального” полушария, и уменьшение влияния левой, “логической” половины коры больших полушарий на сознание человека. Все вышеназванные процессы не только являются следствием развития психологического стресса, но и препятствуют его успешному и своевременному разрешению, так как снижение мыслительного потенциала затрудняет поиски выхода из стрессовой ситуации.

Выделяют следующие интеллектуальные признаки стресса: *внимание*: трудность сосредоточения, повышенная отвлекаемость, сужение поля внимания; *мышление*: нарушение логики, спутанное мышление, трудность принятия решений, частые сбои в вычислениях, снижение творческого потенциала; *память*: ухудшение показателей оперативной памяти, проблемы с воспроизведением информации. Всё вместе это приводит к тому, что нарушение продуктивности профессиональной деятельности усиливает общий стресс, а нарушения интеллектуальной деятельности затрудняют поиск выхода из стресса.

Эмоциональные же проявления стресса затрагивают различные стороны психики. В первую очередь это касается характеристик общего эмоционального фона, который приобретает негативный, мрачный, пессимистичный оттенок. При длительном стрессе следователь становится более тревожным по сравнению с его нормальным состоянием, теряет веру в успех и в случае особо затяжного стресса может впасть в депрессию.

На фоне такого изменённого настроения у следователя, испытывающего стресс, отмечаются более сильные эмоциональные всплески, чаще всего – негативного характера. Это могут быть эмоциональные реакции раздражительности, гнева, агрессии, вплоть до аффективных состояний.

Длительный или повторяющийся кратковременный стресс может приводить к изменению всего характера следователя, в котором появляются новые черты или усиливаются уже имевшиеся: интраверсия, склонность к самообвинениям, заниженная самооценка, подозрительность и т. д. При наличии определённых предпосылок все вышеописанные изменения выходят за пределы психологической нормы и приобретают черты психопатологии, которые чаще всего проявляются в виде различных неврозов (астенического, невроза тревожного ожидания и т. д.). Отрицательные эмоциональные состояния (страх, тревога, пессимизм, негативизм, повышенная агрессивность) одновременно являются и следствиями и предпосылками развития стрессов [10, с. 40-41].

Если обобщить, то всё многообразие поведенческих проявлений стресса можно разделить на четыре группы: **I группа**: нарушения психомоторики, которые могут проявляться в избыточном напряжении мышц, дрожании рук, изменении ритма дыхания, дрожании голоса, уменьшения скорости сенсомоторной реакции, нарушении речевых функций и т. д; **II группа**: нарушения режима дня, которые могут выражаться в сокращении сна, смещении рабочих циклов на ночное время, отказе от полезных привычек и замене их на неадекватные способы компенсации стресса; **III группа**: профессиональные нарушения, которые могут выражаться в увеличении числа ошибок при выполнении привычных действий на работе, в хронической нехватке времени, в низкой продуктивности профессиональной деятельности [6, с. 213]. Ухудшается согласованность движений, их точность, соразмерность требуемых усилий; **IV группа**: нарушения социально-ролевых функций при стрессе, которые могут выражаться в уменьшении времени, которое уделяется на общение с близкими и друзьями, повышение конфликтности, снижение сензитивности во время общения, появлении различных признаков антисоциального поведения. При этом следователь, находящийся в длительном стрессе, меньше учитывает социальные

нормы и стандарты, что может проявляться в потере внимания к своему внешнему виду. Во время переживания глубокого стресса могут значительно ухудшаться отношения с близкими людьми и коллегами по работе вплоть до полного разрыва, причём основная проблема остаётся нерешённой, а у людей возникают тяжёлые переживания вины и безысходности [10, с. 36-37].

Стрессовые ситуации могут воздействовать следующим образом: вызывать резкое снижение организованности поведения (импульсивные, преждевременные и несвоевременные действия) – в этом случае дезорганизация поведения может выражаться в утрате сформированных навыков, повторе ответной двигательной реакции, снижении надёжности; вызывать торможение действий и движений, их замедление вплоть до ступора; подавлять процессы восприятия и мышления, и, тем самым, обуславливать нарушение приёма и переработки информации, а также принятия решения; в случае наличия необходимого уровня готовности обуславливать повышение эффективности деятельности (целесообразная активность, чёткое восприятие и осмысление осложнений, повышение самоконтроля, совершение адекватных действий).

#### **Список использованных источников:**

1. Котов Д. П. Психология следователя / Д. П. Котов, Г. Г. Шиханцов. – 2-е изд. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1977. – 134с.
2. Лебедев И. Б., Розин В. Ф., Цветков В. Л. Основы психологии для сотрудников правоохранительных органов: учебное пособие / И. Б. Лебедев, В. Ф. Розин, В. Л. Цветков. – М. : Издательство “Щит-М”, 2005. – 442с.
3. Левитов Н. Д. О психологических особенностях человека / Н. Д. Левитов. – М. : Просвещение, 1964. – 344с.
4. Маклаков А. Г. Общая психология / А. Г. Маклаков. – Санкт-Петербург: Питер, 2001. – 592 с.
5. Медведев В. И. Устойчивость физиологических и психологических функций человека при действии экстремальных факторов / В. И. Медведев. – Санкт-Петербург: Наука, 1982. – 104с.
6. Милнер П. М. Физиологическая психология / П. М. Милнер. – М. : Мир, 1973. – 310с.
7. Психологія слідчої діяльності: навчальний посібник / В. Г. Андросюк, О. М. Корнєв, О. І. Кудерміна та ін. ; за заг. ред. Л. І. Казміренко. – К. : Правова єдність, 2009. – 200с.
8. Рейковский Я. Экспериментальная психология эмоций / Я. Рейковский. – М. : Прогресс, 1979. – 392 с.
9. Спилбергер Ч. Д. Концептуальные и методологические проблемы исследования тревоги / Ч. Д. Спилбергер // Тревога и стресс в спорте. – М. : Физкультура и спорт, 1983. – С. 12-24.
10. Щербатых Ю. В. Психология стресса и методы коррекции / Ю. В. Щербатых. – Санкт-Петербург: Питер, 2006. – 256 с.

**Т. М. Кузик,**

*здобувач кафедри кримінального права, процесу і криміналістики Івано-Франківського факультету Національного університету "Одеська юридична академія"*

### **ОКРЕМІ АСПЕКТИ УЧАСТІ ПЕРЕКЛАДАЧА ПІД ЧАС НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ ЩОДО ВИДАЧІ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНILI КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ**

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 541 КПК України видача особи (екстрадиція) – видача особи державі, компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку. Екстрадиція включає: офіційне звернення про встановлення місця перебування на території запитуваної держави особи, яку необхідно видати, та видачу такої особи; перевірку обставин, що можуть перешкоджати видачі; прийняття рішення за запитом; фактичну передачу такої особи під юрисдикцію запитуючої держави [1]. У науковій літературі питанням екстрадиції присвячена значна увага вчених. Їх у своїх працях досліджували А. Маланюк, В. Маляренко, М. Пашковський, А. Сизоненко, С. Лихова, М. Свистуленко, Т. Гавриш, М. Смирнов та інші. Однак, поза увагою науковців залишились питання участі перекладача у таких справах. Окремі питання, які висвітлювались стосувались здебільшого перекладу документів, що направляються у іноземну державу, однак поза увагою залишились питання залучення перекладача для дотримання гарантованих міжнародними нормативно-правовими актами основних засад міжнародної правової допомоги, а також прав та свобод, особи видача якої запитується. Викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети цієї статті дослідження окремих аспектів участі перекладача під час надання міжнародної правової допомоги щодо видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиції), з урахуванням положень нового кримінального процесуального закону.

Відповідно до положень глави 44 КПК України міжнародна правова допомога щодо видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення може полягати у: 1) зверненні до іноземної держави про видачу особи; 2) провадженні щодо розгляду клопотань іноземної держави про видачу особи.

Відповідно до ст. 575 КПК України слідчий, прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування, або суд, який розглядає справу чи яким ухвалено вирок, за наявності підстав, з дотриманням вимог, передбачених КПК України та відповідним міжнародним договором України готує клопотання про видачу особи в Україну. Вимоги щодо його змісту визначені міжнародними договорами про правову допомогу і конкретизуються у національному законодавстві України. Так, клопотання складається у письмовій формі і повинно містити дані про особу, видача якої вимагається, обставини і кваліфікацію вчиненого нею злочину. Невід'ємною частиною клопотання про видачу також є додатки, які, окрім того, що підтверджують законність і обґрунтованість направлення клопотання, ще й, часом, виступають юридичною підставою вчинення окремих дій органами іноземної держави (тримання під вартою особи, яка підлягає видачі). До клопотання відповідно до вимог ч. 2 ст. 575 КПК України додаються такі документи: 1) засвідчена копія ухвали слідчого судді або суду про тримання особи під вартою, якщо видача запитується для притягнення до кримінальної відповідальності; 2) копія вироку з підтвердженням набуття ним законної сили, якщо видача запитується для приведення вироку до виконання; 3) довідка про відомості, які вказують на вчинення кримінального правопорушення особою, або довідка про докази, якими підтверджується винуватість розшукуваної особи у його вчиненні; 4) положення статті закону України про кримінальну відповідальність, за яким кваліфікується кримінальне правопорушення; 5) висновок компетентних органів України про громадянство особи, видача якої запитується, складений згідно з вимогами закону про громадянство України; 6) довідка про частину невідбутого покарання, якщо йдеться про видачу особи, яка вже відбула частину призначеного судом покарання; 7) інформація про перебіг строків давності; 8) інші відомості, передбачені міжнародним договором України, який також чинний для іноземної держави, на території якої встановлено розшукувану особу.



Відповідно до вимог ч. 3 ст. 575 КПК України клопотання та інші документи підписуються слідчим, прокурором або суддею, засвідчуються печаткою відповідного органу та перекладаються мовою, передбаченою міжнародним договором України. За логікою ч. 3 ст. 575 КПК України такий переклад повинен забезпечуватись слідчим, прокурором або суддею, які підготували відповідне клопотання. Таким чином, слідчий, прокурор чи суддя разом із прийняттям рішення про підготовку відповідного клопотання повинен вирішити питання про залучення у справу перекладача. Перекладачу обов'язково повинно бути роз'яснено його права та обов'язки, а також повідомлено про відповідальність за завідомо неправдивий переклад чи розголошення відомостей які стали йому відомі у зв'язку з здійснюваним перекладом.

Відповідно до вимог аналізованої норми клопотання та документи перекладаються мовою, передбаченою міжнародним договором України. Проте варто зазначити, що не у всіх міжнародних договорах України про взаємодопомогу у кримінальних справах передбачено необхідність перекладу клопотання та документів, що додаються. Так, деякі договори містять вимоги, що передбачають переклад мовою запитованої сторони лише запитів про надання допомоги [2]. Проте, як показує практика, це становить певні проблеми при їх застосуванні та виконанні відповідного запиту. У зв'язку з наведеним вважаємо за необхідне в ч. 3 ст. 575 КПК України передбачити обов'язок слідчого, прокурора та судді щодо перекладу клопотання та відповідних документів на мову запитованої сторони.

Водночас КПК України не дає відповіді на питання на яку мову слід перекладати клопотання та документи у разі звернення за правовою допомогою до країн з якими відповідні договори не укладені. В даному випадку слід погодитись з позицією А. Г. Волеводзи про те, що текст клопотання про правову допомогу у разі звернення за правовою допомогою до країн з якими відповідні договори не укладені повинен супроводжуватися письмовим перекладом на державну мову (або одну з державних мов) запитованої країни [3, с. 180].

Системний аналіз норм КПК України, які врегульовують порядок залучення та участі перекладача у кримінальному провадженні, дозволяє зробити висновок про те, що його залучення для перекладу клопотання та додатків до нього передбачає виконання слідчим, прокурором, суддею таких дій: 1) здійснення виклику перекладача у порядку, передбаченому ст. 135 КПК України; 2) пересвідчення перед наданням для перекладу документів в особі та компетентності перекладача та з'ясування відсутності підстав для відводу; 3) роз'яснення перекладачу його прав та обов'язків, передбачених ч. ч. 2 і 3 ст. 68 КПК України; 4) попередження перекладача у порядку ч. 5 ст. 68 КПК України про встановлену законом відповідальність за завідомо неправильний переклад або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків; 5) надання перекладачу письмового клопотання та додатків для здійснення перекладу на мову передбачену міжнародним договором. Виходячи зі змісту п. п. 1 і 3 ч. 3 ст. 68 КПК України, перекладач зобов'язаний прибути за викликом до слідчого, прокурора, суду та здійснити повний і правильний переклад клопотання та додатків до нього. Покладений на перекладача обов'язок щодо повноти і правильності перекладу передбачає необхідність його дослівного здійснення, без будь-яких скорочень і з дотриманням структури та змісту клопотання та додатків. За необхідності перекладач, з огляду на п. 1 ч. 2 ст. 68 КПК України, має право ставити слідчому, прокурору, суду запитання з метою уточнень змісту клопотання та додатків до нього. Текст перекладу підлягає підписанню перекладачем на кожній сторінці, що підтверджує автентичність здійсненого перекладу. Текст перекладу складається у двох примірниках, один з яких долучається до матеріалів кримінального провадження, а другий разом із оригіналами клопотання та додатків до нього передається до відповідного центрального органу України в порядку передбаченому ч. 4 ст. 575 КПК України.

В практиці непоодинокими є випадки неможливості виконання запиту через наявність помилок здійснених під час перекладу прізвища та імені особи, видача якої запитується. З метою однозначності вирішення цього питання вважаємо, що слідчому, прокурору чи судді у кожному випадку підготовки клопотання про видачу особи, слід звернутись з офіційним запитом до територіальних органів, якими виступають управління (відділи) у справах громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб головних управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, місті Києві та Київській області, управлінь МВС України в областях та місті Севастополі про надання інформації щодо перекладу прізвища та імені особи відповідно до закордонного паспорту. При цьому, як видається така процедура має бути чітко прописана в КПК України, зокрема щодо змісту такого запиту, строків його подання та виконання.



В окремих договорах про правову допомогу передбачена необхідність засвідчення перекладу, що здійснюється офіційним перекладачем, нотаріусом, посадовою особою запитуючої установи, дипломатичним представництвом чи консульською установою запитуючої держави [4; 5] або присяжним перекладачем однієї з держав [6]. У кожному такому випадку слідчий, прокурор, суддя повинні виконати вимоги міжнародного договору. Разом з тим, такі вимоги не звільняють його від обов'язку засвідчити переклад гербовою печаткою органу-ініціатора клопотання.

Відповідно до ч. 4 ст. 575 КПК України клопотання про видачу особи (екстрадицію) передаються до відповідного центрального органу України через прокуратуру Автономної Республіки Крим, області, міст Києва і Севастополя, та прирівняні до них прокуратури у десяти денний строк з дня затримання особи на території іноземної держави. Центральний орган України за наявності підстав, передбачених міжнародним договором України, звертається до компетентного органу іноземної держави із запитом про видачу особи в Україну. Запит про видачу направляється керівником центрального органу України або уповноваженою ним особою протягом п'яти днів з дня отримання клопотання.

Відповідно до ч. 3 ст. 548 КПК України запит і долучені до нього документи супроводжуються засвідченим у встановленому порядку перекладом мовою, визначеною відповідним міжнародним договором України, а за відсутності такого договору – офіційною мовою запитуваної сторони або іншою прийнятною для цієї сторони мовою.

Статтею 582 КПК України встановлено особливості затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України. Відповідно до ч. 1 ст. 582 КПК України затримання на території України особи, яка розшукується іноземною державою у зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення, здійснюється уповноваженою службовою особою. Порядок затримання таких осіб та розгляду скарг про їх затримання здійснюється відповідно до статей 206 та 208 КПК України з урахуванням особливостей, встановлених для цієї категорії справ. Так, КПК України в ч. 4 ст. 208 передбачив обов'язок уповноваженої службової особи, що здійснила затримання особи негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити ряд прав. Разом з тим, така конструкція правової норми видається нам не зовсім вдалою. Так, виникає питання щодо негайності такого повідомлення (у часовому проміжку) та повідомлення зрозумілою йому мовою, у разі якщо уповноважена службова особа, що здійснила затримання особи вільно володіє лише державною. Окрім того, ч. 5 ст. 208 КПК України передбачено складання протоколу про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, який підписується особою яка його склала і затриманим, при цьому відповідно до ч. 4 ст. 104 КПК України перед підписанням протоколу учасникам процесуальної дії надається можливість ознайомитися із текстом протоколу, у зв'язку з чим виникає питання яким чином затриманий, який не володіє державною мовою може ознайомитись з протоколом і тим більше (не ознайомившись) підписати його, при цьому в статті немає жодної вказівки на необхідність перекладу такого протоколу. Як видається, при вирішенні окресленого слід виходити з наступного. У разі затримання уповноваженою службовою особою, особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України та яка не володіє державною мовою слід негайно залучати перекладача. При цьому, оскільки закон вимагає письмового оформлення кожного випадку процесуального затримання особи, до прибуття перекладача уповноваженій службовій особі слід скласти протокол про затримання, який в обов'язковому порядку повинен бути перекладений на мову зрозумілу для затриманого.

Відповідно до ст. 583 КПК України до затриманої особи, яка вчинила злочин за межами України, застосовується тимчасовий арешт до сорока діб або інший встановлений відповідним міжнародним договором України строк до надходження запиту про її видачу. Прокурор звертається до слідчого судді, у межах територіальної юрисдикції якого здійснено затримання, із клопотанням про застосування тимчасового арешту. Клопотання має бути розглянуто слідчим суддею у найкоротший строк, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту затримання особи. Відповідно до ч. 6 ст. 583 КПК України при розгляді клопотання слідчий суддя встановлює особу затриманого, пропонує йому зробити заяву, перевіряє наявність відповідних документів, вислуховує думку прокурора, інших учасників і виносить ухвалу. При цьому в статті не передбачено участі перекладача. Разом з тим, оскільки затриманому надається право робити заяви то очевидно така участь є обов'язковою. Думаємо, що під час розгляду клопотання про застосування тимчасового арешту, прокурору слід залучити перекладача, який був залучений під час затримання особи. У зв'язку з чим пропонуємо внести відповідні доповнення до ст. 583

КПК України передбачивши, що у разі якщо особа, щодо якої вирішується питання про застосування тимчасового арешту, не володіє державною мовою, їй забезпечується участь перекладача.

Статтею 581 КПК України передбачено права особи видача якої запитується, а відповідно до ч. 2 цієї статті особі, стосовно якої розглядається питання про видачу, і яка не володіє державною мовою, забезпечується право робити заяви, заявляти клопотання, виступати в суді мовою, якою вона володіє, користуватися послугами перекладача, а також отримати переклад судового рішення та рішення центрального органу України мовою, якою вона користувалася під час розгляду. За змістом коментованої статті залучення перекладача здійснюється слідчим, прокурором, суддею у випадку явної очевидності не володіння державною мовою особою видача якої запитується або за її клопотанням. Водночас, може виникнути ситуація коли особа, зловживаючи цим правом, з метою затягування вирішення питання щодо її видачі може необґрунтовано клопотати про залучення перекладача. Тому, це питання повинно вирішуватись з урахуванням позиції Верховного Суду України згідно якої питання про забезпечення перекладачем має вирішуватись не тільки за клопотанням, а й з урахуванням рівня освіти особи, її розвитку та інших обставин, які свідчать про неможливість повною мірою здійснювати право на захист [7]. Тому, як видається в кожному конкретному випадку надходження клопотання про залучення перекладача та наявності сумнівів щодо необхідності такого залучення слідчий, прокурор чи суд мають особисто встановити необхідність його участі. З метою однозначного вирішення окресленої проблеми, а також забезпечення об'єктивності та неупередженості під час вирішення питання про необхідність залучення перекладача, як видається суду, прокурору, слідчому за наявності сумнівів щодо володіння особою державною мовою, слід залучити спеціаліста мовознавця для встановлення факту не володіння особою видача якої запитується, державною мовою.

Далі по тексті аналізованої статті особі, стосовно якої розглядається питання про видачу, і яка не володіє державною мовою, забезпечується право отримати переклад судового рішення та рішення центрального органу України мовою, якою вона користувалася під час розгляду. Водночас виникає питання необхідності перекладу інших процесуальних документів. Так, відповідно КПК України щодо особи, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу, можуть виноситись такі процесуальні документи: 1) протокол про затримання (ст. 208); 2) ухвала суду про застосування тимчасового арешту (ч. 6 ст. 583), екстрадиційного арешту (ч. 7 ст. 584), іншого запобіжного заходу не пов'язаного із триманням під вартою (ст. 585). Окрім того, така особа має право ознайомлюватись із запитом про видачу або одержувати його копію (п. 5 ч. 1 ст. 581); оскаржувати рішення про тримання під вартою, про задоволення запиту про видачу (п. 5 ч. 1 ст. 581) і т. д. Разом з тим, КПК України не передбачає обов'язкового перекладу таких процесуальних документів. При цьому, в статті не передбачено права особи клопотати про надання перекладу таких процесуальних документів. Такий стан є неприпустимим і вимагає внесення відповідних змін щодо переліку документів які підлягають обов'язковому перекладу та уточнення що за клопотанням особи їй надаються інші процесуальні документи в перекладі на мову якою вона володіє. При вирішенні даного питання слід, як видається, виходити з наступного, якщо відповідно до КПК України процесуальні документи підлягають обов'язковому врученню особі, видача якої запитується, то вони повинні бути перекладені на мову якою вона володіє, щодо інших процесуальних документів, то їх слід перекладати лише за клопотанням такої особи. З метою однозначності у вирішенні окреслених питань вважаємо за необхідне внести відповідні зміни до КПК України.

У подальшому досліджувана у статті проблематика щодо участі прокурора під час надання міжнародної правової допомоги щодо видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиції) повинна знайти свій розвиток за такими напрямками: 1) визначення ефективності правового регулювання участі прокурора під час надання міжнародної правової допомоги щодо видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиції) за новим КПК України; 2) проведення анкетування практичних працівників, направлено на з'ясування їх позиції щодо доцільності внесення відповідних змін та доповнень до нового КПК України.

#### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

2. Договір між Україною та Республікою Панама про видачу правопорушників від 04.11.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show?nreg=591\\_008&find](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show?nreg=591_008&find).
3. Волеводз А. Г. Методика заявления ходатайств о международной правовой помощи по уголовным делам / А. Г. Волеводз // Прокурорская и следственная практика. – 2001. – № 1–2. – С. 169–182.
4. Договір між Україною і Литовською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 07.07.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/440\\_002](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/440_002).
5. Договір між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13.12.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/498\\_604](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/498_604).
6. Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24.05.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/616\\_174](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/616_174).
7. Судова практика з перегляду кримінальних справ у касаційному порядку за 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/36DD4F82CF6D2B93C2256FF80031AF48>

**В. В. Курдюков,**

*адвокат, кандидат юридичних наук, доцент кафедри прав людини, міжнародного та європейського права Академії адвокатури України*

## **ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ПСИХОЛОГІЧНИХ ЗНАНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Зміни, що відбуваються у нашій державі, зокрема, в економічній та соціальній сферах, обумовлюють швидку розробку якісних ідей реформування існуючого нормативного забезпечення регулювання суспільних відносин. Удосконалення кримінального судочинства, поза сумнівом, являє собою пріоритетний напрям розвитку у всіх правових державах, оскільки саме в ньому можна знайти найбільш виражене, рельєфне відображення ставлення держави до прав та свобод людини. Для нашої держави це питання є вельми актуальним, оскільки у найближчому майбутньому набуде чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України, який докорінно змінить усталену систему правовідносин у цій сфері [5].

Перед судочинством через запропоноване законодавцем кримінальне провадженням постануть важливі завдання: захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

У зв'язку з цим важливим вбачається напрям наукового забезпечення правосуддя [1, с. 103]. Лише застосуванням наукових даних ми зможемо уберегти людину від тих процесуальних замахів, які не відповідатимуть затвердженім у кримінальному процесуальному законодавстві загальним засадам, де провідне місце посідають конституційні принципи верховенства права, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини.

Тому, підіймаючи це питання, цілком логічно, що на першому місці буде стояти система нормативних приписів і криміналістичних рекомендацій щодо ефективного використання у процесі доказування *спеціальних знань*. Такого роду знань, які виходять за межі звичних, побутових знань, які одержані у результаті фахової освіти та/або практичної діяльності у будь-якій галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, які використовуються визначеними законом учасниками процесу в межах наданих кожному з них повноважень для вирішення за певною процедурою процесуальних завдань [2, с. 22]. Відповідно, головною формою застосування спеціальних знань у судочинстві є судова експертиза [6, с. 343]. Стаття 1 Закону України “Про судову експертизу” вказує, що судова експертиза – це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об’єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового та судового слідства [3, с. 5].

Вважаємо, що серед відкриття нових і в розвиненні вже існуючих видів судових експертиз, провідне місце має посідати саме судово-психологічна експертиза. Сучасна психологічна наука має в своєму розпорядженні численні методи дослідження, які повинні бути використані у розслідуванні.

Розуміння завдань та функцій судово-психологічної експертизи на будь-якому етапі її розвитку, визначалося змістом законодавства, в умовах якого вона здійснювалася, методологічними принципами правової науки. Втім, сьогодні, на жаль, продовжує зберігатись серед багатьох сучасних юристів тенденція помилкового уявлення, або замалої обізнаності про можливості судово-психологічної експертизи.

У кримінальному провадженні центром уваги завжди буде людина з її правами та свободами. А індивідуально-психологічні особливості людини неодмінно створюватимуть зацікавленість з боку їх визначення, адже вони несуть той арсенал інформації, який слід використовувати. З огляду на це, найголовнішим для вивчення є питання щодо здатності окремих учасників кримінального провадження

правильно сприймати явища дійсності і давати про них свідчення. І це важливо, оскільки ці свідчення використовуються як джерела доказів. Відштовхуючись від загальновідомого про те, що психічна діяльність людини є відображенням об'єктивної дійсності, слід сказати, що така здатність сприймати явища дійсності і давати про них свідчення, виражається у безпосередньому або опосередкованому відтворенні тих або інших фактів, збереженні і переробці сприйнятої або отриманої логічним шляхом інформації, репродукції збереженої інформації. Звісно, цей процес залежить від умов сприйняття і від сукупності індивідуальних особливостей людини, тобто від низки об'єктивних і суб'єктивних факторів: умови в яких відбувалось сприйняття, вплив стійких особливостей і тимчасового стану органів чуття особи, яка дає свідчення, від віку такої особи, емоційного напруження у момент сприйняття, життєвого досвіду, професії, навичок, розумового розвитку та ін. Наука підтверджує, що деякі особливості пізнавальної діяльності людей можуть мати психопатологічну природу.

Мимовіль постає думка, яка підштовхує нас як юристів до низки запитань. Зокрема, якщо певна людина дає слідству доказову інформацію у вигляді показань, за наявності у неї саме такої патології, то чи не будуть ці показання такими, що вводять в оману? І, взагалі, яким чином слідство (звісно, яке спирається на постулат, що будь-яка доказова інформація потребує прискіпливо-критичної оцінки) без допомоги компетентних фахівців, без залучення спеціальних знань, без проведеного експертного дослідження може встановити цей більш, ніж вирішальний факт? А чи не слід призначати таке експертне дослідження кожному, показання якого використовуються у провадженні як доказ?

Інша конструктивна перепона, яка одразу ж виникає при обговоренні цього питання – це проблема призначення психологічної експертизи свідкам та потерпілим. Не секрет, що ці особи під час розслідування злочину відіграють велику роль. На прикладах практики минулих літ ми можемо переконатися, що експертно-психологічне дослідження потерпілих та свідків завжди позитивно відображалось на всьому слідстві, адже були ситуації, коли таке дослідження повертало все в інше русло. На превеликий жаль, сьогоденний український законодавець залишив цю норму поза увагою.

Спираючись на вказане, можливості та значення судово-психологічної експертизи збільшуються, коли це стосується неповнолітніх. У ст. 485 нового КПК України йдеться, що під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень, вчинених неповнолітніми з'ясовуються повні і всебічні відомості про особу неповнолітнього: його вік (число, місяць, рік народження), стан здоров'я та рівень розвитку, інші соціально-психологічні риси особи, які необхідно враховувати при індивідуалізації відповідальності чи обранні заходу виховного характеру. Фактично тут іде мова про обов'язковість судово-психологічної експертизи неповнолітніх, бо встановлення у даного суб'єкта відхилення від нормального для його віку рівня інтелектуального розвитку, може істотно вплинути на провадження. А тоді чому ж не вести мову й про тих, хто за документами є повнолітньою особою, але наявність ознак розумової відсталості вистачає для експертного аналізу психічних особливостей особи щодо якої здійснюється кримінальне провадження. Тут виникає принципова для кримінального судочинства проблема – біологічного і інтелектуального віку людини. Неодмінно, новий КПК України потребує введення норми, яка регулювала б відносини у цій ситуації. Повинно бути встановлено, що у разі розбіжності біологічного і інтелектуального віку на основі даних, отриманих через проведену судово-психологічну експертизу, питання про кримінальну відповідальність має вирішуватись саме з урахуванням розвитку людини, а не її календарного віку.

Значною проблемою яка також постане під час кримінального провадження стане встановлення факту фізіологічного афекту. Стан за якого інтенсивна емоція протягом короткого проміжку часу стає домінуючою, значно знижуючи здатність людини усвідомлювати свої дії та керувати ними, майже повністю втрачається функція самоконтролю, зужується до мінімуму механізм керування [с. 7, 24; с. 8, 189].

З погляду інтересів слідчої і судової практики, важливим є питання про вплив афекту на свідомість і діяльність людини. Добре відомі психологам і юристам факти свідчать про те, що у стані афекту люди часто здійснюють вчинки, протилежні відповідним вимогам ситуації та їх власним інтересам. Подібні явища пояснюються змінами, що відбуваються у стані афекту, у структурі свідомості, які відкидають в бік той перебіг функцій, який забезпечує нормальне життя людини та її особистості. Водночас, у стані афекту спостерігається так зване звуження свідомості. Воно характеризується тим, що людина усвідомлює відносно вузьке коло явищ, тільки найближчі цілі, безпосередньо пов'язані в даний момент з переживаннями, що і призводить до зниження рівня свідомої вольової регуляції поведінки. Питання



про те, які індивідуально-психологічні особливості призводять до афектів, повинні бути встановлені лише професійними психологами-експертами.

Поступово, ми підійшли до найголовнішого, на нашу думку, моменту – проблеми *обов'язкового* проведення судово-психологічної експертизи. Статтею 242 нового КПК України встановлено чіткий перелік випадків обов'язкового звернення до експерта для проведення експертиз, який не підлягає поширювальному тлумаченню. У ст. 485 КПК України міститься ще один випадок обов'язкової експертизи. Як видно з них, обов'язкові дослідження проводяться, коли питання стосуються людини та її *життєдіяльності*, для чого законодавець передбачає необхідність звернення до відповідних спеціалістів. Визнавши, що фактично єдиним об'єктом обов'язкових експертних досліджень є людина, законодавець зазначив, що таких випадків повинно вистачити. Між тим, за межею цього принципового законодавчого припису залишилась сфера психічних станів і діяльності людини, не обтяженої душевними захворюваннями, коли виникають сумніви у нормальності розвитку, адекватності дій та їх самооцінки, здатності передбачати наслідки своїх вчинків.

Отже, ми вважаємо, що нове кримінальне процесуальне законодавство потребує певних вдосконалень. По-перше, слід виділити єдиний критерій обов'язкового звернення до експерта для проведення експертизи – людина та її життєдіяльність. По-друге, на підставі цього критерію, доцільно доповнити ст. 242 КПК України необхідністю проведення обов'язкової судово-психологічної експертизи у випадках, коли: а) виникають обґрунтовані сумніви у можливості людини (в тому числі і неповнолітнього) повністю усвідомлювати значення своїх дій, керувати ними та передбачати наслідки таких дій; б) є підстави вважати, що людина за своїм психічним розвитком не досягла рівня віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, хоча її біологічний вік передбачає таку можливість; в) характер дій людини та її стан після їх вчинення свідчать про наявність у неї фізіологічного афекту.

Підсумовуючи сказане та спираючись на ідеї В. Г. Гончаренка, слід зазначити, що у разі появи на лаві підсудних людини, відносно якої як рівної серед рівних, правосуддям може бути прийнято певне рішення, обов'язково повинні враховуватись всі її особливості, в тому числі, перш за все, особливості її психіки у будь-яких її проявах, що в решті-решт буде головною запорукою дійсно справедливого правосуддя.

#### Список використаних джерел:

1. Гончаренко В. И. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (Методологические вопросы) / В. И. Гончаренко. – К. : Вища школа, 1980. – 160 с.
2. Гончаренко В. Г., Курдюков В. В., Легких К. В. Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Вип. № 2(9). – С. 22-34.
3. Експертизи у судовій практиці: наук. -практ. посіб. / за заг. ред. В. Г. Гончаренка – 2-ге вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 400 с.
4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651a-17>.
6. Криміналістика. Академічний курс: підручник / Т. В. Варфоломеева, В. Г. Гончаренко, В. І. Бояров [та ін. ]. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 504 с.
7. Курдюков В. В. Теоретичні засади та критерії обов'язкового призначення судових експертиз в кримінальному процесі України / В. В. Курдюков: Дис...канд. юрид. наук. – Київ, 2009. – 212 с.
8. Скабелина Л. А. Психологические аспекты адвокатской деятельности: монография. – М. : Федеральная палата адвокатов, 2012. – 229 с.

**М. А. Лавнов,**

*аспирант, преподаватель кафедры уголовного процесса ФГБОУ ВПО “Саратовская государственная юридическая академия”*

## **СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ В МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ И СВОБОД ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРЕКРАЩЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА**

Конституция РФ провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью государства, гарантирует каждому гражданину право на судебную защиту и доступ к правосудию. А назначение уголовного судопроизводства, при этом, определяется через универсальную категорию “защиты прав и законных интересов” лиц, в том или ином качестве вовлеченных в уголовно-процессуальную сферу [1, с. 24].

Говоря о положении личности в уголовном судопроизводстве, следует учитывать, что она предстает в различном социальном и правовом статусе. С одной стороны, это должностные лица, выполняющие соответствующие процессуальные функции и должностные обязанности (следователь, дознаватель, руководитель следственного органа, прокурор, судья), а с другой – граждане, вовлекаемые в уголовный процесс в качестве подозреваемых, обвиняемых, потерпевших, гражданских истцов, ответчиков и др.

В рамках настоящей статьи считаем целесообразным рассмотреть проблемы функционирования механизма обеспечения прав и законных интересов субъектов, относящихся ко второй группе, поскольку должностные лица, осуществляющие уголовно-процессуальную деятельность, своих личных интересов в уголовном процессе не имеют, и иметь не могут [2, с. 14].

Начнем с того, что термин “механизм” обозначает систему, внутреннее устройство, определяющее порядок какого-либо вида деятельности, процесса [3, с. 435]. Это совокупность состояний и процессов, из которых складывается то или иное явление [4, с. 377].

Синонимами понятия “механизм” выступают слова “устройство”, “установка”, “приспособление” [5, с. 294], “организация” [5, с. 206], “формирование” [5, с. 529] и др. Являясь по существу техническим, термин “механизм” давно вошел в широкое употребление в сфере гуманитарных наук. Он подразумевает определенное социальное устройство, которое проявляется в определенных формах деятельности людей [6, с. 40]. В юридической науке более широкое применение получило его значение “система юридических средств” [7, с. 85], “система средств и факторов”, “система условий и средств” [8, с. 27].

В контексте норм, регламентирующих механизм обеспечения прав и свобод личности, в том числе и при прекращении уголовного дела особое значение имеет судебно-контрольное производство, реализуемое в порядке ст. 125 УПК РФ, а также контроль, осуществляемый вышестоящим судом в порядке апелляционного и кассационного производства.

Одним из основных вопросов в определении сущности судебного контроля является вопрос о соотношении его с правосудием. В науке уголовного процесса имеется достаточно большой материал, чтобы проиллюстрировать различные подходы к исследуемой проблеме.

Широкое распространение получила точка зрения, согласно которой судебный контроль за досудебным производством признается правосудием по уголовным делам или особой формой его осуществления, либо, по крайней мере, содержит в себе элементы правосудия [9, с. 131-133].

Ответ на вопрос о том, является ли судебный контроль правосудием или нет, во многом зависит от соответствующего понимания и толкования содержания категории “правосудие”.

В традиционном понимании правосудие представляет собой деятельность суда по рассмотрению и разрешению уголовных дел в судебных заседаниях, которая обладает рядом признаков. Так, профессор В. А. Познанский первый признак правосудия усматривал в том, что в соответствии с Конституцией и текущим законодательством правосудие осуществляется “всеми судами независимо от того, какое положение они занимают в судебной системе...” [10, с. 136]. В качестве второго признака правосудия выделялись его задачи, заключающиеся в охране прав и интересов граждан, предприятий, учреждений и организаций, обеспечении точного и неуклонного исполнения закона всеми юридическими и физическими лицами. Третьим признаком признавался метод осуществления указанной деятельности

– рассмотрение и разрешение дел судом в судебных заседаниях. И четвертым признаком правосудия является его процессуальная форма. “Судебное разбирательство уголовных дел проходит в форме судебного заседания, которое детально регламентируется законом. В процессуальной форме, присущей судебной деятельности, наиболее полно и последовательно осуществляются все демократические принципы, гарантии прав и законных интересов участников процесса” [10, с. 136].

Если исходить из такого понимания указанной категории, то деятельность суда по рассмотрению жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ, в том числе и на решение следователя или дознавателя о прекращении уголовного дела, можно считать деятельностью по отправлению правосудия. Данная точка зрения также отражена в пункте 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 № 1 “О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации”, где говорится о том, что “рассмотрение жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ происходит в форме осуществления правосудия по правилам состязательного судопроизводства в открытом судебном заседании, за исключением случаев, предусмотренных статьей 241 УПК РФ” [11].

Постановлением о прекращении уголовного дела, на какой бы стадии это решение не принималось, разрешается социальный конфликт по поводу совершенного преступления, при этом наступают последствия правового характера, а также иные, лежащие за сферой права, которые в значительной степени затрагивают права личности, вовлеченной в уголовно-процессуальную деятельность. В случаях прекращения уголовного дела по нереабилитирующим основаниям к лицу, освобождаемому от уголовной ответственности может быть предъявлен гражданский иск о возмещении причиненного преступлением ущерба (ч. 4 ст. 213 УПК РФ), он может быть уволен с работы или переведен на менее ответственную в случае, если его деяние содержит состав дисциплинарного проступка и т. д. В отношении потерпевшего фактически блокируется право на доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба.

Обеспечение прав личности при прекращении достигается с помощью специальных правовых средств, к которым можно отнести: возложение обязанности на следователя, дознавателя и судью вручать копию постановления о прекращении уголовного дела потерпевшему, а также разъяснять правовые последствия такого решения, возможность и порядок его обжалования; право обвиняемого возражать против прекращения уголовного дела по нереабилитирующему основанию, а также знать о правовых последствиях такого прекращения.

Особую ценность, как представляется, имеет право подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего обжаловать в установленном законом порядке постановление о прекращении уголовного дела. В свою очередь, “установленный законом порядок”, предусматривает несколько вариантов такого обжалования. Независимо от того, кто принимает данное процессуальное решение, оно может быть обжаловано в районный суд по месту производства предварительного расследования в порядке ст. 125 УПК РФ. Если же решение о прекращении уголовного дела выносит дознаватель, то обжаловать его можно также прокурору, который вправе отменить постановление и возобновить производство по уголовному делу. Оспорить постановление следователя можно у руководителя следственного органа или прокурора. При этом прокурор уполномочен в срок не позднее 14 суток с момента получения материалов уголовного дела отменить постановление о прекращении уголовного дела, о чем выносит мотивированное постановление с изложением конкретных обстоятельств, подлежащих дополнительному расследованию, которое вместе с материалами уголовного дела незамедлительно направляет руководителю следственного органа. В случае вынесения постановления о прекращении уголовного дела руководителем следственного органа его можно обжаловать как прокурору, так и вышестоящему руководителю следственного органа.

Существует, однако, еще одна ситуация, когда прокурор вправе самостоятельно вынести постановление о прекращении уголовного дела (на этапе утверждения обвинительного акта, в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 226 УПК РФ). Такое решение может быть обжаловано вышестоящему прокурору, поскольку “прокуратура Российской Федерации составляет единую федеральную централизованную систему органов и учреждений и действует на основе подчинения нижестоящих прокуроров вышестоящим и Генеральному прокурору Российской Федерации” [12].

Каждый из этих способов обжалования имеет свои особенности, вместе с тем обладают они и общими свойствами. Во-первых, правоприменительная практика сложилась таким образом, что дознаватель выносит решение о прекращении уголовного дела с согласия прокурора, а следователь – руко-

водителя следственного органа. Какова вероятность, в такой ситуации, что прокурор или руководитель следственного органа отменят в пользу заявителя то решение, на которое сами же давали согласие в момент его вынесения? Вопрос во многом риторический. Во-вторых, процессуальная форма рассмотрения прокурором жалобы на постановление следователя о прекращении уголовного дела далека от совершенства. В УПК РФ содержится лишь срок в 14 суток с момента получения материалов уголовного дела, который дается прокурору на вынесение своего мотивированного постановления. О сроках обжалования не сказано ничего, также как и не сказано о сроках рассмотрения жалобы. Ведь логично предположить, что с момента поступления жалобы и до момента получения прокурором материалов уголовного дела может пройти значительный период времени. Кроме этого, даже после разрешения прокурором или руководителем следственного органа жалобы заинтересованного лица дальнейшая судьба уголовного дела во многом остается неопределенной. Связано это с тем, что механизмы обжалования на этом себя не исчерпывают, и спор может продолжаться, но уже у вышестоящего прокурора или руководителя следственного органа. Нельзя сбрасывать со счетов и внутриведомственные интересы следствия и прокуратуры, которые в значительной степени могут предрешать вынесение того или иного процессуального решения. Несовершенство законодательной регламентации и порочность современной практики в условиях современной действительности, безусловно, не способствуют обеспечению прав личности и должной реализации заложенного в ст. 6 УПК РФ назначения уголовного судопроизводства.

Судебная проверка законности и обоснованности прекращения уголовного дела относится к последующему судебному контролю. Она осуществляется по материалам прекращенного дела и в связи с поступившей в суд жалобой на законность и обоснованность решения о прекращении уголовного дела. Рассматривая такую жалобу, судья, не давая оценки имеющимся в деле доказательствам, должен выяснять, проверены ли и учтены ли дознавателем, следователем или руководителем следственного органа все обстоятельства, на которые указывает в жалобе заявитель, и могли ли эти обстоятельства повлиять на вывод о наличии оснований для прекращения уголовного дела. При этом по результатам разрешения такой жалобы судья не вправе делать выводы о доказанности или недоказанности вины, о допустимости или недопустимости доказательств.

Обжалование в суд решений о прекращении уголовного дела обладает, по сравнению с ранее обозначенными формами, рядом несомненных преимуществ. О преимуществах перехода от прокурорского надзора к судебному контролю за законностью свидетельствует ряд научно-практических исследований в области уголовного процесса [13, с. 26] и сложившаяся судебная практика, когда ежегодно судами рассматривается в порядке ст. 125 УПК РФ огромное количество жалоб пострадавших от преступлений лиц на постановления об отказе в возбуждении уголовного дела по результатам проверок сообщений и заявлений о преступлениях [14, с. 130].

Суд независим и подчиняется только закону. Он не связан никакими узковедомственными интересами. В суде стороны предстают как равные участники процесса, наделенные правами и обязанностями. Кроме того, деятельность суда протекает в судебном заседании, и порядок его проведения четко регламентирован законом. Он обеспечивает гласность, публичность разбирательства, личное участие заинтересованных лиц. Общие условия судебного разбирательства создают наиболее благоприятную обстановку для выяснения действительных обстоятельств дела и вынесения законного, обоснованного и справедливого решения.

В этой связи, тенденцией развития действующего законодательства должно стать расширение сферы судебной деятельности в целом и судебного контроля за законностью и обоснованностью решений о прекращении уголовного дела в частности с целью должного обеспечения прав личности в уголовном судопроизводстве.

#### **Список использованных источников:**

1. Тарасов А. А. Антикоррупционный аспект проблемы защиты прав и свобод личности в уголовном процессе. / Актуальные вопросы обеспечения прав личности в уголовном судопроизводстве: межвуз. сб. науч. ст. / отв. ред. В. М. Корнуков. – Саратов, 2005.
2. Корнуков В. М. Обеспечение и защита прав личности как основная задача и концептуальная основа реформирования российского уголовного процесса / Актуальные вопросы обеспечения прав личности в уголовном судопроизводстве: межвуз. сб. науч. ст. / отв. ред. В. М. Корнуков. – Саратов, 2005.

3. Ожегов С. И. Словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой. С. 300; Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. М., 2002.
4. Современный словарь иностранных слов. – М., 1999.
5. Александрова З. Е. Словарь синонимов русского языка: Практический справочник. 7-е изд. – М., 1993.
6. Келле В. Ж. Социальные аспекты стратегии ускорения / В. Ж. Келле // Вопросы философии. – 1986. – № 11.
7. Мордовец А. С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. – Саратов, 1996.
8. Дмитрик Н. А. Осуществление субъективных гражданских прав с использованием сети Интернет. – М., 2006.
9. Петрухин И. Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М., 2008.
10. Познанский В. А. Вопросы теории и практики кассационного производства в советском уголовном процессе. – Саратов, 1978.
11. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 № 1 (ред. от 23.12.2010) “О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации” // Российская газета, № 27, 18.02.2009.
12. Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 (ред. от 07.02.2011) “О прокуратуре Российской Федерации”: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>.
13. Халиулин А. От прокурорского надзора к судебному контролю / А. Халиулин, В. Назаренко // Законность. – 2004. – № 1.
14. Ибрагимов И. М. Правомерные возможности защиты прав потерпевшего в российском уголовном процессе. – М. : Юриспруденция, 2008.



**К. В. Легких,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України*

**В. В. Легких,**

*адвокат*

## **ПОЗОВНЕ НАЧАЛО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ**

Прийняття 13 квітня 2012 року нового Кримінального процесуального кодексу України стало послідовним кроком законодавця щодо приведення українських процесуальних законів до спільних, схожих ідей та стандартів. За логікою законодавця, в основі КПК лежить нова ідеологічна модель: максимальне зближення двох різних правових систем – континентальної та англо-американської. Таке зближення обумовлює можливість стверджувати, що кримінальне провадження носить змішаний, в значній мірі позовний характер.

Історично, кримінальний процес бере свій початок в приватному обвинуваченні, яке передбачало, що злочинне діяння є порушенням прав виключно приватної особи. При такому порушенні обвинувачення викладалося у формі позову, при цьому ініціювання “обвинувачення” залежало від особи, чиє право було порушене. З часом, обов’язок реагування на порушення прав, захищених законом про кримінальну відповідальність, незважаючи на волю чи бажання особи, чиї права були порушені, було передано відповідним державним органам. Даний принцип став основою кримінального провадження, отримавши назву “публічність”. Згідно ст. 25 КПК України 2012 року [3, 9], яка має назву “Публічність”, прокурор, слідчий зобов’язані в межах своєї компетенції в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення розпочати досудове розслідування. На перший погляд, даний принцип нового КПК не відрізняється від ідеї КПК 1960 року щодо обов’язку порушити кримінальну справу. Проте, законодавець в ст. 60 нового КПК виокремив заявника як учасника кримінального провадження. До заяви або повідомлення про злочин, які подаються заявником можуть бути додані речі або документи, тобто докази, на які посилається заявник. Таким чином, початок кримінального провадження можливий з трьох підстав, дві з яких – заяви потерпілого та/або заявника, який не є потерпілим. Проте, про позовну природу кримінального провадження свідчать не стільки підстави для його початку, стільки хто саме починає провадження. Новий КПК передбачає, що провадження починає сторона обвинувачення. Ініціювання провадження в цивільній, адміністративній, господарській справі можливе лише позивачем, тобто стороною провадження, яка звертається із позовом. Якщо розглядати позов як вимогу про захист права, то розпочати кримінальне провадження можливо не тільки тому, що закон передбачає такий спосіб захисту порушеного права. Принцип публічності, який є основоположним в кримінальному процесі, не виключає вольової складової при прийнятті рішення стороною обвинувачення щодо початку провадження, а також щодо необхідності звернення до суду з обвинувальним актом. Новий КПК хоча і не надає стороні обвинувачення можливості за власним бажанням не розпочинати досудове розслідування, якщо для початку останнього є всі підстави, проте в окремих випадках надає цілком законну можливість не застосовувати репресії з мотивів доцільності і укласти угоди про визнання вини. Тобто, волевиявлення сторони обвинувачення щодо звернення до суду із формалізованим документом, який містить реквізити, передбачені ст. 291 КПК, та до якого додається, зокрема, реєстр матеріалів досудового розслідування по суті є поданням позовної заяви, яку, за аналогією із цивільним або адміністративним судочинством, можна назвати кримінальним позовом.

Створюючи специфічну позовну конструкцію кримінального провадження, законодавець вкотре задекларував рівні процесуальні права сторін (принаймні, щодо збирання доказів). Таким чином, можемо виділити позовні ознаки кримінального провадження: 1) наявність сторін; 2) рівність процесуальних прав сторін (щодо збирання доказів); 3) змагальність.

В. К. Случевський з цього приводу вказував: “Если бы обвинение и защита в той состязательной борьбе, которую они ведут на судебном следствии между собой, обладали неодинаковыми средствами нападения и защиты, состязание потеряло бы свое высокое значение и повлекло бы за собой господство одной стороны над другой. Только при строгом проведении этого принципа может состояться действительный состязательный процесс и раскрыться через посредство его материальная истина” [4, 72]. Таким чином, видатний науковець справедливо вважав, що рівність у правах, рівноправність в кримінальному провадженні означає те, що жодна зі сторін не користується тими правами, якими не володіє інша. При цьому В. Случевський розглядав повну рівноправність ідеалом, якого прагнуть, але ніколи не досягають [5, 71]. Зрозуміло, що в кримінальному судочинстві абсолютна рівність прав сторін неможлива й вимагати від законодавця надання рівних прав сторонам є нелогічним та недоцільним. Учасники кримінального провадження мають зазвичай різні цілі та процесуальне становище, а тому не можуть мати ідентичних прав. Проте, як слушно зазначав Ю. В. Дерішев, процесуальна рівноправність не завжди означає адекватність за об’ємом та характером прав сторін – вона передбачає рівні правові можливості у веденні спору і спростуванні позиції протилежної сторони [1, 51]. Таким чином, мова йде не про рівні, ідентичні за формою та змістом права сторін, а про наявність у сторони процесуального інструментарію, що є співмірним та адекватним процесуальним можливостям іншої сторони. Урівноваження процесуальних прав сторони обвинувачення і сторони захисту було б неможливим без закладення в основу нового КПК наріжного каменю – принципу *favor defensionis* (лат. – сприяння захисту). Це положення римського приватного права, на думку І. І. Когутича, означає сприяння захисту з метою локалізації переваг обвинувачення над захистом і покликане забезпечити рівноправність перед судом [2, 102]. Яскравим прикладом реалізації *favor defensionis* в КПК є ст. 290 КПК України, яка передбачає, що прокурор або слідчий за його дорученням зобов’язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом’якшенню покарання. При цьому сторона захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Ще одним прикладом сприяння захисту є положення ст. 23 КПК, яка передбачає, що сторона обвинувачення зобов’язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом. Для сторони захисту законодавцем такий обов’язок не встановлено. Відповідно до ст. 352 КПК, прямий допит свідків обвинувачення здійснює прокурор, при цьому йому заборонено ставити навідні питання. Після прямого допиту стороні захисту надається можливість перехресно допитати свідка, задаючи йому навідні питання. Таким чином, всі свідки обвинувачення мають бути присутні в залі судового засідання та, якщо від цього не відмовиться сторона захисту, підлягають перехресному допиту. Щодо свідків захисту, їх присутність та, відповідно, можливість перехресного допиту для прокурора таких свідків залежить від волевиявлення сторони захисту.

Принцип безпосередності кримінального провадження дає підстави вважати, що докази в кримінальному провадженні виникають лише в процесі судового розгляду, окрім доказів, для яких передбачена можливість отримання останніх в судовому засіданні під час досудового розслідування. Лише після виникнення доказів в процесі судового розгляду вони можуть бути покладені в основу обвинувального акту. При цьому законодавець надав сторонам процесуальну можливість ініціювати процедуру визнання доказів недопустимими.

Все вищевикладене дає підстави вважати, що при поєднанні двох правових систем – англо-американської та континентальної – законодавець в КПК надав окремих позовних рис кримінальному провадженню. За логікою побудови процедур в новому КПК кримінальне провадження є змішаним, напівпозовним. Не намагаючись формально зрівняти в правах сторони кримінального провадження, що неможливо через різний процесуальний статус та цілі сторін, використавши принцип сприяння захисту та надавши окремих рівних прав сторонам (наприклад, щодо проведення експертиз), законодавець, на нашу думку, відійшов від моделі інквізиційного провадження. Великий крок до істини можливо полягає саме в цьому: в намаганні досягнути досконалого кримінального судочинства через наближення останнього до ідей, форм та процедур, властивих позовному провадженню.

**Список використаних джерел:**

1. Деришев Ю. В. Проблемы равноправия сторон в досудебном производстве по уголовным делам: монография / Ю. В. Деришев, М. Э. Романовский. – Омск: Ом. юрид. ин-т., 2007.
2. Когутич І. І. Криміналістичні знання, їх сутність і потреба розширення меж використання: монографія / І. І. Когутич. – Львів: Тріада плюс, 2008.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Кодекс кримінальний процесуальний від 13 квітня 2012 року. // Голос України. – 2012. – № 90-91.
4. Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса: учебник. – 3-е изд. – Спб. – 1913.
5. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство – судопроизводство / под ред. Вл. Случевского. – [издание третье, переделанное и дополненное]. – С. – Петербург. – 1910.

**Б. Є. Лук'янчиков,**

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри криміналістики та судової медицини Національної академії внутрішніх справ*

**Є. Д. Лук'янчиков,**

*доктор юридичних наук, професор, професор кафедри інформаційного та підприємницького права Національного технічного університету України "КПІ"*

## ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ

Сучасний етап еволюції кримінального процесуального законодавства характеризується розширенням засобів пізнавальної діяльності з розслідування кримінальних правопорушень. Новий КПК України доповнено главою 21, в якій врегульовано порядок провадження нових слідчих (розшукових) дій, що можуть проводитися в негласному режимі. Певних змін зазнали норми, якими визначаються підстави і порядок проведення традиційних слідчих дій. До групи таких слідчих дій слід віднести пред'явлення для впізнання. Залежно від об'єкта, який пред'являють особі для впізнання, новий КПК України виділяє три види пред'явлення для впізнання: особи, речей, трупа (ст. 228, 229, 230).

Аналіз норм нового КПК України свідчить, що його розробники намагалися врахувати пропозиції науковців щодо удосконалення даних норм. Разом з тим деякі дискусійні питання вирішені не повністю і потребують подальшого наукового обговорення та обґрунтування пропозицій щодо внесення відповідних уточнень та доповнень до статей КПК, що регулюють дану діяльність.

Пред'явлення для впізнання науковці розглядають як вид криміналістичної ідентифікації об'єктів за слідами, що збереглися в пам'яті особи, яка їх сприймала [1]. Саме тому і попередній і новий КПК містять вимогу про те, щоб у особи, яка сприймала об'єкт було з'ясовано чи може вона його впізнати. Коли об'єктом пред'явлення для впізнання є особа, від впізнаючого отримують інформацію про зовнішній вигляд і прикмети цієї особи, а також обставини, за яких він її бачив. Якщо особа надає таку інформацію, заявляє, що може впізнати таку особу і готова це зробити не виникає сумнівів щодо можливості проведення даної слідчої дії. Складніше вирішується питання, коли особа переконливо запевняє слідчого, що може впізнати того, кого бачила у зв'язку з розслідуваною подією, але не може назвати прикмети, за якими це може відбутися.

Наукове вивчення феномену узнавання психологами, фізіологами, математиками, біологами, медиками, криміналістами та іншими знавцями, зазначає В. Г. Гончаренко, викликало до життя необхідність теоретичного обґрунтування цього явища, виявлення можливостей його прогностичного використання, що зрештою призвело до створення синтетичної теорії розпізнавання образів. Автор аналізує дві форми сприйняття об'єктів, які впливають на процес подальшого впізнання – суцесивну, або аналітичну, яка передбачає сприйняття окремих прикмет зовнішності ізольовано одна від одної, і симультанну, або синтетичну, яка передбачає сприйняття об'єкта в цілому, одномоментно, без виділення окремих ознак. Вона забезпечується миттєвим інстинктивним включенням тайників пам'яті, що призводить до автоматичного компаративного ототожнення на підсвідомому рівні раніше сприйнятих об'єктів. Ця форма впізнання повинна використовуватись у кримінальному судочинстві у певному процесуальному обрамленні як забезпечений природними механізмами життєдіяльності спосіб одержання надійної доказової інформації [2, 535-547].

Виходячи із загальних положень, слід зазначити, що процес впізнання можна розглядати як складний психологічний акт, який інколи відбувається підсвідомо, а не як механічне співставлення статичних образів сприйняття та уявлення. Точний опис зовнішніх ознак людини для тих осіб, які її сприймали складає значні труднощі навіть у тому випадку, коли вони ці ознаки добре запам'ятали. Для акту впізнання мають значення і такі ознаки, які були зафіксовані на рівні підсвідомості та актуалізувалися уже в процесі, яким почалося пред'явлення для впізнання.

В багатьох випадках людині, яка не має певних навичок, описати ознаки того чи іншого об'єкта психологічно значно складніше ніж упізнати цей об'єкт. Тому в слідчій практиці можуть складатися ситуації, коли особа, яку допитують, утруднюється назвати прикмети людини, яку сприймала, але з впевненістю стверджує, що може її впізнати, якщо побачить знову. У такому випадку слід з'ясувати, що є підставою для такої впевненості, її загальний світогляд та інше. В ряді випадків особа може володіти доброю зоровою пам'яттю, але не вміє описати сприйняте. Непоодинокі випадки, коли особа під час допиту називає одні ознаки об'єкта, а в процесі впізнання, крім цього, вказує на інші і докладно описує їх, пояснює причину, що дозволила актуалізувати пам'ять.

На цій підставі К. О. Чаплинський зазначає, що пред'явлення для впізнання може проводитися і у тих випадках, коли допитуваний не може описати ознаки об'єкта, що підлягає пред'явленню для впізнання, однак стверджує, що зможе його впізнати якщо побачить [3, 322-323; 4, 19].

Зважаючи на викладене, слушною є думка авторів про те, що кримінально-процесуальне законодавство, яке регулює порядок пред'явлення для впізнання (головним чином живих осіб), потребує вдосконалення, конкретизації, а криміналістичні рекомендації з цього питання мають бути уточнені і поліпшені з урахуванням об'єктивних факторів, що впливають на процеси сприйняття та впізнання [5, 11].

Висновок про урахування або нехтування пропозиціями науковців щодо покращення правового врегулювання такої слідчої дії як пред'явлення особи для впізнання можна зробити на підставі аналізу змісту ст. 228 нового КПК України.

На відміну від чинного, новий КПК не передбачає допит особи, якій будуть пред'являти для впізнання. У чинному КПК чітко записано, що особа, якій будуть пред'являти для впізнання має бути допитана (ч. 1 ст. 174 КПК). В ст. 228 нового КПК зазначається, що "перед тим, як пред'явити особу для впізнання, слідчий, прокурор попередньо з'ясовує, чи може особа, яка впізнає, впізнати цю особу, опитує її...". Що слід розуміти під опитуванням? Кримінальний процесуальний кодекс визначає засоби формування судових доказів, якими є слідчі (розшукові) дії. Опитування не передбачено серед таких засобів. Не усуває сумнівів і те, що за результатами такого опитування має складатися протокол (допиту чи опитування?). У даній нормі має бути чітко зазначено, що особа, яка сприймала певний об'єкт має бути допитана перед тим, як цей об'єкт буде пред'явлено їй для впізнання.

Відповідного корегування потребує друга половина частини першої даної статті, яка сьогодні викладена в такій редакції: "Якщо особа заявляє, що вона не може назвати прикмети, за якими впізнає особу, проте може впізнати її за сукупністю ознак, у протоколі зазначається, за сукупністю яких саме ознак вона може впізнати особу".

Виникає запитання, яким чином особа, що не може вказати прикмети, може вказати сукупність ознак людини? У тлумачному словнику *прикмета* визначається як відмітна ознака когось, чогось, а *ознака* як прикмета, за якою можна визначити що-небудь [6, 297-298, 363].

Із попереднього викладу матеріалу видно, що мова іде про симультанне (синтетичне) впізнавання, коли особа не може назвати прикмети (ознаки) об'єкта, але впевнено заявляє, що впізнає такий об'єкт якщо побачить його. Дане положення потребує уточнення в ч. 2 ст. 228 нового КПК України.

Неоднозначно тлумачиться положення про кількість осіб (статистів) серед яких відбувається пред'явлення для впізнання. Особа підлягає пред'явленню для впізнання разом з іншими особами тієї ж статі, яких має бути не менше трьох. У буквальному розумінні статистів має бути три особи, а четвертим той, кого пред'являють для впізнання. Багаторічна практика сформувалася таким чином, що особу або інший об'єкт пред'являють серед двох інших. Таким чином у даній нормі має бути зазначено, що особу пред'являють серед інших осіб, які має бути не менше двох. Це дозволить слідчому самостійно визначати кількість статистів, яких запрошують до участі в слідчій дії.

Зазначені пропозиції сприятимуть одностайному розумінню положень даної норми практиками і правильному застосуванню її під час проведення даної слідчої (розшукової) дії.

#### Список використаних джерел:

1. Лукьянчиков Е. Д. Криминалистическая идентификация объектов по следам памяти. – Донецк: Академия, 1998.
2. Гончаренко В. И. Вибране. – К. : Прецедент, 2011.
3. Чаплинський К. О. Тактичне забезпечення проведення слідчих дій : монографія / Чаплинський Костянтин Олександрович. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2011.



4. Чаплинський К. О. Тактика пред'явлення для впізнання при розслідуванні злочинів проти життя, здоров'я, волі та статевої недоторканості особи. Навчально-практичний посібник / К. О. Чаплинський. – Дніпропетровськ: УМВС України в Дніпропетровській області, Дніпропетровський ун-т внутр. справ, Свідлер, 2007.

5. Удалова Л. Д. Збірник статей щодо вдосконалення кримінального та кримінально-процесуального законодавства / Л. Д. Удалова, С. О. Телешун, С. Г. Осика. – К., 2000.

6. Івченко А. О. Тлумачний словник української мови / А. О. Івченко. – Харків : Фоліо, 2000.

**А. О. Ляш,**

кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та процесу Київського національного університету культури і мистецтв

## ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС СЛІДЧОГО ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ДЕЯКІ ЗАУВАЖЕННЯ

Досудове розслідування кримінальних правопорушень здійснює слідчий, повноваження якого визначені ст. 40 КПК України від 13 квітня 2012 року [1]. Незалежно від відомчої належності усі слідчі мають однакові процесуальні права та обов'язки, проводять розслідування в одному і тому самому процесуальному порядку [2, с. 52].

Відповідно до частини 5 ст. 40 нового КПК слідчий, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог цього Кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється [1]. Ця норма, на наш погляд, є декларативною оскільки у разі невиконання його законних вимог законом не передбачено механізму впливу (процесуального примусу).

Межі процесуальної самостійності слідчого в новому КПК чітко не визначено. Разом з тим ряд посадових осіб (керівник органу досудового розслідування, прокурор, слідчий суддя) мають право у порядку, визначеному законом втручатись у діяльність слідчого, що обмежує його процесуальну самостійність і незалежність. Так *керівник органу досудового розслідування* має право відсторонювати слідчого від проведення досудового розслідування з власної ініціативи або за ініціативою прокурора, за наявності підстав, передбачених КПК для відводу або у разі неефективного<sup>1</sup> досудового розслідування про що виносить вмотивовану постанову; давати слідчому письмові вказівки; погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій та продовжувати строк їх проведення; вживати заходів до усунення порушень вимог законодавства, у випадку їх допущення слідчим та ін. (ст. 39 КПК) [1].

Більш значні важелі впливу на слідчого має *прокурор*, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування, а також процесуальне керівництво досудовим розслідуванням (ч. 2 ст. 36 КПК) [1]. Письмові вказівки прокурора обов'язкові для слідчого і підлягають виконанню. У разі незгоди з ними слідчий не має права самостійно звертатись із письмовим запереченням до вищого прокурора як це передбачено в КПК 1960 р. (ч. 2 ст. 114) [3] і відстоювати свою правову позицію.

Процесуальна самостійність слідчого згідно з ч. 2 ст. 114 КПК 1960 р. полягає у його праві самостійно вирішувати питання про притягнення як обвинуваченого, кваліфікувати злочин, визначити обсяг обвинувачення, вирішувати питання про направлення справи для попереднього розгляду суддею та про закриття справи [3].

Закон (ч. 2 ст. 114 КПК) надає слідчому право не виконувати вказівки прокурора, який здійснює нагляд за додержанням законів під час досудового розслідування і письмово викладати свої заперечення вищому прокурору. Якщо у таких випадках вищий прокурор підтримає слідчого він скасовує вказівки нижчого прокурора, а якщо підтримає прокурора то доручає проведення слідства іншому слідчому [3]. Тому це є певна гарантія невтручання прокурора у найважливіші питання діяльності слідчого.

Для забезпечення виконання письмових вказівок прокурора за новим КПК внесено доповнення до КК України. Так за умисне систематичне невиконання слідчим законних вказівок прокурора наданих ним письмово передбачена кримінальна відповідальність (ст. 381<sup>1</sup> КК України). На наш погляд це може бути істотним засобом тиску на слідчого з боку прокурора. Вважаємо за доцільне цю норму з КК України виключити, а в подібних випадках ширше використовувати засоби дисциплінарного характеру чи адміністративні стягнення.

Таким чином за діяльністю слідчого новим КПК встановлено подвійний процесуальний контроль, який, як слушно зауважує Б. В. Романюк, не може сприяти його процесуальній незалежності [4, с. 137].

Законом України від 21.06.2006 р. КПК 1960 р. було доповнено ст. 16<sup>1</sup> де передбачено, що розгляд справ у судах відбувається на *засадах змагальності*. Функція державного обвинувачення в суді покла-

<sup>1</sup> Поняття неефективного досудового розслідування новим КПК не визначено.

дена на прокурора, а у випадках, передбачених законом обвинувачення здійснює потерпілий або його представник [5]. Таким чином функція обвинувачення у змагальному процесі може бути реалізована прокурором, потерпілим або його представником і лише під час судового розгляду справи в процесі судового слідства. А слідчий, як слушно наголошував відомий український юрист, професор В. П. Даневський, повинен бути неупередженим і незалежним від сторін (обвинувачення і захист – прим. авт.) [6, с. 27].

За новим КПК слідчого віднесено до сторони обвинувачення, що, на нашу думку, не буде сприяти його об'єктивності під час доказування та неупередженості у разі прийняття й обґрунтування процесуальних рішень. Як вірно наголошує Б. В. Романюк, щоб забезпечити демократичне відправлення правосуддя слідчий не повинен бути представником жодної зі сторін у змагальному процесі [4, с. 134–135].

У зв'язку з викладеним вважаємо, що в новому КПК слідчому потрібно надати окремий статус і передбачити його фактичну самостійність і незалежність, яка має полягати в його праві самостійно вирішувати питання, передбачені в ч. 2 ст. 114 КПК 1960р., заперечувати проти вказівок прокурора вищому прокурору, обов'язку під час досудового провадження всебічно повно й об'єктивно збирати обвинувальні і виправдувальні докази, а також докази що пом'якшують чи обтяжують відповідальність і покарання, а повноваження начальника слідчого підрозділу обмежити організаційними функціями, його вказівки повинні мати для слідчого рекомендаційний характер.

Крім того в законі потрібно передбачити відповідальність (наприклад, адміністративну) за невиконання законних постанов слідчого.

#### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012р. // *Голос України*. – 2012. – № 90–91.
2. Сафроняк р. Учасники кримінального процесу та їх процесуальне становище у контексті КПК України 2012 року / р. Сафроняк // *Новели Кримінального процесуального кодексу України 2012 року*. – К. : Вид-во “Істина”, 2012. – С. 44–57.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України // *Відомості Верховної Ради України*. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
4. Романюк Б. В. Спадковість та новизна у процесі формування кримінального судочинства стосовно процесуальної незалежності слідчого // Б. В. Романюк // *Кримінальний процес України в контексті європейських стандартів судочинства: Матеріали наук. -практ. конф. (м. Київ, 7 грудня 2007 р.)* / Ред. кол. : О. М. Джужа, М. В. Бочкарьов, С. М. Стахівський та ін. – К. : Київський нац. ун-т внутр. справ, 2008. – 176 с.
5. Закон України “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” // *Офіційний вісник України*. – 2001. – № 25. – Ст. 1142.
6. Даневський В. П. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. – К. : Изд-во Семенко Сергей, 2003 – 142 с.

**А. А. Павлишин,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка,*

### **ЗМЕНШЕННЯ РОЗМІРУ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВИТРАТ АБО ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ЇХ ОПЛАТИ, ВІДСТРОЧЕННЯ ТА РОЗСТРОЧЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВИТРАТ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ**

13 квітня 2012 р. в Україні прийнятий, а з 19 листопада цього ж року набуде чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України. Як відзначили розробники цього кодексу та й окремі закордонні спеціалісти, новий КПК, у порівнянні з кодексом 1960 р., вирізняється прогресивністю та істотним зміщенням акцентів в сторону реалізації засади змагальності провадження.

Потрібно зауважити, що це загалом можна сказати й про інститут процесуальних витрат, який регламентується Главою 8 нового КПК. Особливо можна відмітити такі його позитивні сторони, як розширення структури процесуальних витрат (ст. 118 КПК), віднесення розміру процесуальних витрат до обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні (п.3 ч. 1 ст. 91 КПК), покладення обов'язку доказування даних щодо розміру процесуальних витрат на сторону, що їх подає (ч. 2 ст. 92 КПК), можливість зменшення розміру процесуальних витрат або звільнення від їх оплати, відстрочення та розстрочення процесуальних витрат (ст. 119 КПК).

Власне на останньому я би хотів зупинитися дещо детальніше і попри загальне позитивне ставлення до можливості зменшення розміру процесуальних витрат або звільнення від їх оплати, відстрочення та розстрочення процесуальних витрат, висловити й деякі свої зауваження з приводу проблем реалізації цієї новели на практиці.

1. Відповідно до ч. 1 ст. 119 КПК суд, враховуючи майновий стан особи (обвинуваченого, потерпілого), за власною ініціативою або за її клопотанням має право своєю ухвалою зменшити розмір належних до оплати процесуальних витрат чи звільнити від їх оплати повністю або частково, чи відстрочити або розстрочити сплату процесуальних витрат на визначений строк.

Однак, застосовуючи цю норму, потрібно враховувати наступні обставини.

– Частина 2 ст. 120 КПК передбачає, що витрати, пов'язані з оплатою допомоги представника потерпілого (витрати на правову допомогу) несе потерпілий

– Відповідно до ч. 2 ст. 122 КПК витрати, пов'язані із участю потерпілих у кримінальному провадженні, здійснюються за рахунок коштів Державного бюджету України.

– Згідно ч. 1 ст. 124 КПК у разі ухвалення обвинувального вироку суд стягує з обвинуваченого на користь потерпілого всі здійснені ним документально підтверджені процесуальні витрати.

З аналізу вищенаведених норм випливає, що з обвинуваченого можуть стягуватися на користь потерпілого лише витрати на правову допомогу. Звільнити потерпілого від оплати послуг представника не можна, оскільки останнього не можна зобов'язати працювати безкоштовно.

Тому, враховуючи наведене, потрібно відмітити, що суд може зменшити розмір належних до оплати процесуальних витрат чи звільнити від їх оплати повністю або частково, чи відстрочити або розстрочити сплату процесуальних витрат на визначений строк лише обвинуваченому.

2. Зменшення розміру належних до оплати процесуальних витрат полягає у тому, що сплаті підлягають не всі витрати, а лише якась їхня частина, наприклад половина таких витрат.

Звільнення від оплати процесуальних витрат повністю полягає у тому, що особа в силу її матеріального становища не сплачує таких витрат за рішенням суду взагалі.

Звільнення від оплати процесуальних витрат частково полягає у тому, що особа в силу її матеріального становища не сплачує таких витрат за рішенням суду лише в якійсь частині, наприклад витрат на залучення експерта і проведення експертизи

Відстрочення полягає у перенесенні строку виконання обов'язку особи щодо сплати процесуальних витрат на інший час.

Розстрочення полягає у сплаті процесуальних витрат кількома частинами у строки, встановлені судом.

3. Суд вправі прийняти таке рішення за власною ініціативою або за клопотанням особи про що виносить ухвалу.

У відповідному клопотанні особа повинна навести обставини, які свідчать про її скрутний майновий стан та подати суду відповідні докази. Такими доказами можуть бути довідка про доходи; документи про заборгованість перед іншими особами; документи про наявність утриманців тощо.

Клопотання подається до суду, який розглядає справу по суті.

4. Підставою для зменшення розміру належних до оплати процесуальних витрат чи звільнення від їх оплати повністю або частково, відстрочення або розстрочення сплати процесуальних витрат є майновий стан особи, зокрема, коли він є таким, що утруднює виконання цього обов'язку у повному обсязі чи частково, наприклад, відсутність роботи і заробітку, відсутність майна, наявність заборгованостей по оплаті комунальних послуг, кредитів тощо.

5. Відповідно до ч. 2 ст. 119, якщо оплату процесуальних витрат відстрочено або розстрочено до ухвалення судового рішення, витрати розподіляються відповідно до судового рішення. Однак, виходячи із видів процесуальних витрат, та специфіки кримінального провадження, принципу змагальності питання про відстрочку або розстрочку оплати процесуальних витрат може вирішуватися судом лише під час постановлення вироку або ухвали по справі, тобто після закінчення провадження.

Суд не вправі звільнити обвинуваченого в ході досудового чи судового провадження, наприклад, від оплати послуг захисника, оскільки останній працює за оплату, а не безкоштовно. Якщо ж у обвинуваченого немає коштів на оплату послуг захисника, йому призначать захисника за рахунок коштів Державного бюджету України для надання безоплатної правової допомоги (див. ст. 149 та ч. 3 ст. 120 КПК), а не звільнять від оплати процесуальних витрат на його призначення. Виняток можуть становити хіба що витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів та експертів (ст. 122 КПК). Однак застосування такої процедури на практиці знівелює роль сторони захисту у збиранні доказів та й буде відступом від принципу змагальності. Та й зреалізувати її буде досить складно. Наприклад, обвинувачений заявить клопотання на досудовому слідстві про виклик свідка захисту, але одночасно попросить звільнити його від обов'язку компенсувати свідку витрати, пов'язані із залученням до провадження. Згідно із законом рішення про таке звільнення приймає суд, тому із клопотанням звільнити від обов'язку компенсувати свідку витрати пов'язані із залученням до провадження обвинувачений має звернутися до суду. Суд, розглянувши таке клопотання, за наявності підстав, задовольнить його. При цьому витрати свідку, пов'язані із залученням до провадження, очевидно компенсують аж в порядку, передбаченому ст. 125-126 КПК.

Тому наведене законодавче положення на практиці не буде дієвим.

6. Відповідно до ч. 3 ст. 119 у разі зменшення розміру належних до оплати процесуальних витрат чи звільнення від їх оплати повністю або частково відповідні витрати компенсуються за рахунок коштів Державного бюджету України в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Однак, виходячи із вищенаведеного, а також аналізу змісту усієї Глави 8 КПК, потрібно зазначити, що не усі витрати компенсуються за рахунок коштів Державного бюджету України, а лише витрати на правову допомогу потерпілого. Зокрема відповідно до ч. 1 ст. 124 КПК за відсутності в обвинуваченого коштів, достатніх для відшкодування зазначених витрат, вони компенсуються потерпілому за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом для компенсації шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Усі інші процесуальні витрати просто відносяться на рахунок держави, оскільки для забезпечення кримінального провадження держава їх вже і так понесла. Відповідно до ст. 118 КПК процесуальні витрати несуть сторони та окремі учасники. Якщо звільнити обвинуваченого (сторону захисту) від оплати процесуальних витрат повністю або частково чи зменшити їх розмір, усі витрати, які понесла сторона обвинувачення (а це слідчий, прокурор – представники державних органів, котрі фінансуються з Державного бюджету) повторно з Державного бюджету України їм уже компенсуватися не будуть.



**В. А. Попелюшко,**

*доктор юридических наук, профессор, директор Института права им. И. Малиновского Национального университета “Острожская академия”*

## СТАДИЯ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В НОВОМ УПК УКРАИНЫ

Стадия исполнения судебных решений в новом УПК Украины 2012 г., в отличие от иных стадий уголовного производства, кардинальных изменений не претерпела. Она как и прежде является завершающей стадией уголовного производства, сущность которой сводится к обращению судом вступившего в законную силу судебного решения к исполнению и к разрешению правовых вопросов, возникающих во время исполнения приговора, а также после его исполнения.

Тем не менее новый УПК содержит ряд законодательных новшеств, которые касаются не только терминологического обозначения тех или иных процессуальных категорий данной стадии в связи с переустройством уголовного производства в целом, но и в связи с ее усовершенствованием. Сводятся они к таковым.

*Первое.* Законодатель переименовал данную стадию процесса. Вместо названия: “Исполнение приговора, определения и постановления суда” теперь она озаглавлена “Исполнение судебных решений” (раздел VIII УПК).

К судебным решениям, подлежащим исполнению на данной стадии ныне относятся: определения следственного судьи, постановленные им на стадии досудебного расследования, определения суда первой, апелляционной, кассационной, инстанции, Верховного Суда Украины, постановленные в результате соответствующего судебного разбирательства, а также приговоры суда первой и апелляционной инстанции, постановленные ими по существу предъявленного подсудимому обвинения.

*Второе.* Если общее правило о вступлении судебных решений в законную силу, а именно, определений следственного судьи и суда, которые не подлежат обжалованию – с момента их оглашения, а приговора или определения суда первой инстанции, иных определений следственного судьи – после истечения срока подачи апелляционной жалобы (ч. ч. 1, 5 ст. 532 УПК), то в случае подачи апелляционной жалобы судебное решение, если оно не отменено, теперь вступает в законную силу после принятия решения судом апелляционной инстанции, а судебные решения апелляционного суда, независимо от обжалования их в кассационном порядке, как и решения суда кассационной инстанции, Верховного Суда Украины вступают в законную силу с момента их оглашения (ч. ч. 2, 4 ст. 532 УПК).

*Третье.* Новеллой есть и то, что закон разрешает в случае необходимости способ, сроки и порядок исполнения определять в самом судебном решении, кроме случаев, когда судебное решение надлежит исполнить немедленно, в том числе при постановлении оправдательного приговора или судебного решения, которое освобождает подсудимого из-под стражи. Они, как и ранее, исполняются в этой части немедленно после их провозглашения в зале судебного заседания (ст. 534 УПК). Например, в самом судебном решении исполнения приговора об осуждении лица к исправительным работам, аресту, ограничению свободы, содержанию в дисциплинарном батальоне военнослужащих, лишению свободы может быть отсрочено на срок, установленный судом, на не более одного года со дня вступления приговора в законную силу, если немедленное отбывание наказания может повлечь за собой исключительно тяжкие последствия для осужденного или его семьи ввиду особых обстоятельств (пожар, стихийное бедствие, тяжелая болезнь или смерть единственного трудоспособного члена семьи и т. п.) (ч. 3 ст. 536 УПК).

*Четвертое.* Если в УПК 1960 г. вопросы, подлежащие разрешению на стадии исполнения приговора, а также порядок их разрешения судьей либо судом регламентировались положениями отдельных статей Кодекса и с некоторыми различиями, то теперь закон в этой части, если так можно выразиться, унифицирован.

Новый закон четко определяет: ходатайство (представление) о решении вопроса, связанного с исполнением приговора, рассматривается в течении десяти дней со дня поступления в суд судьей единолично согласно правил судебного разбирательства, предусмотренных статьями 318-318 настоящего

Кодекса, то есть согласно правил судебного производства в первой инстанции, включая ее составительную процедуру, с учетом положений раздела об исполнении судебных решений (ч. 3 ст. 539 УПК). Исключение составляет решение вопроса о временном оставлении осужденного в следственном изоляторе, или переводе осужденного из арестного дома, исправительного центра, дисциплинарного батальона или колонии в следственный изолятор для проведения соответствующих процессуальных действий в связи с рассмотрением дела в суде. Он разрешается судом, осуществляющим судебное разбирательство (п. 12 ч. 1 ст. 537, п. 4 ч. 2 ст. 539 УПК).

Перечень вопросов, разрешаемых судом во время исполнения приговора, не исчерпывающий: 1) об отсрочке исполнения приговора; 2) об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания; 3) о замене неотбытой части наказания более мягким; 4) об освобождении от наказания беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет; 6) об освобождении от наказания по болезни; 7) о применении к осужденному принудительного лечения и его прекращении; 8) о направлении освобожденного от наказания с испытанием для отбывания наказания, назначенного приговором; 9) об освобождении от назначенного наказания с испытанием после истечения испытательного срока; 10) о замене штрафа наказанием в виде общественных или исправительных работ либо в виде лишения свободы (ч. 5 ст. 53, ч. 3 ст. 57, ч. 1 ст. 58, ч. 1 ст. 62 УК Украины); 11) о применении наказания при наличии нескольких приговоров; 12) о временном оставлении осужденного в следственном изоляторе или переводе осужденного из арестного дома, исправительного центра, дисциплинарного батальона или колонии в следственный изолятор для проведения соответствующих процессуальных действий в ходе досудебного расследования уголовных правонарушений, совершенных иным лицом или этим же лицом, за которое оно не было осуждено, или в связи с рассмотрением дела в суде; 13) об освобождении от наказания осужденного за деяние, наказуемость которого устранена законом (ч. 2 ст. 74 УК), а также о смягчении наказания, назначенного осужденному, которое превышает санкцию нового закона (ч. 3 ст. 74 УК); 14) иные вопросы о всякого рода сомнениях и противоречиях, возникающих при исполнении приговора (ст. 537 УПК).

На стадии исполнения приговора разрешению подлежат и другие вопросы, например, о применении Закона об амнистии.

*Пятое.* В новом УПК существенно упрощено разрешение судом вопроса о снятии с лица судимости после исполнения приговора: “После отбытия наказания в виде лишения или ограничения свободы постановивший приговор суд, – значится в ст. 538 УПК – имеет право рассмотреть вопрос о снятии судимости с этого лица по его ходатайству”.

**Т. А. Савчук,**

*старший преподаватель кафедры административного права Академии управления при Президенте Республики Беларусь (Беларусь)*

## **ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ УСЛОВИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ДОМАШНЕГО АРЕСТА В КАЧЕСТВЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ: ТЕОРИЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО**

Наряду с основаниями домашнего ареста для его обоснованного и законного применения законодатель предусматривает и иные правила его осуществления – условия применения. В науке уголовного процесса в понятие “условие” применительно к мерам пресечения вкладывается различный смысл. Так, одни авторы (Е. В. Гусельникова, И. М. Гуткин, П. М. Давыдов и П. П. Якимов, М. С. Строгович, М. А. Чельцов) под условием понимают основания мер пресечения, чем нарушается идея разграничения этих самостоятельных предпосылок применения мер пресечения. Сходное понимание демонстрирует и белорусский законодатель, определяя основания и условия применения домашнего ареста как равнозначные понятия, что вытекает из ч. 3 ст. 125 УПК Республики Беларусь. Другие ученые (К. С. Абдырахманов, А. Н. Ахпанов, А. П. Рыжаков, В. А. Светочев) составной частью условий называют доказательства, с помощью которых устанавливаются основания мер пресечения, что, на наш взгляд, ведет к смешению понятий “условие” и “основание”. М. Выдря в условия включает “действия обвиняемого, тяжесть совершенного преступления и данные о его личности” [1]. З. Д. Еникеев употребляет термин “условие” как обобщающую категорию, охватывающую собой многие другие требования, характеризующие правоприменительную деятельность [2].

В словаре русского языка термин “условие” определяется как “обстоятельство, от которого что-нибудь зависит” [3]. В. А. Светочев считает условиями применения домашнего ареста совокупность уголовно-процессуальных и фактических обстоятельств, позволяющих избрать эту меру пресечения и обеспечить законность ее избрания [4]. К его позиции примыкает мнение К. Т. Балтабаева, определяющего условиями “процессуальные факторы, без учета которых невозможно обеспечить законность и обоснованность применения мер пресечения” [5]. Полагаем, что под условиями домашнего ареста следует понимать обстоятельства формального характера, отсутствие которых не позволяет принять решение о применении данной меры пресечения и установлении мер, ее сопровождающих.

Наряду с общими условиями, наличие которых необходимо для применения любой меры пресечения (наличие возбужденного уголовного дела, должностного лица, компетентного принимать решение о мере пресечения, процессуальный статус лица – подозреваемый, обвиняемый), домашний арест подразумевает наличие собственных специальных условий. К последним мы относим наличие у лица жилища, в котором он будет отбывать домашний арест, согласие совместно проживающих совершеннолетних членов семьи и близких родственников, возможность установления и реализации предусмотренных уголовно-процессуальным законом запретов и (или) обязанностей, других мер, обеспечивающих надлежащее поведение домашне арестованного и осуществление за ним надзора, а также совершение лицом преступлений определенной категории.

В юридической литературе условия применения домашнего ареста наполняют различным содержанием. К. Т. Балтабаев предлагает применять домашний арест за все преступления, исключая деяния, содержащие особо опасный рецидив [6]. Отдельные авторы (Ф. Багаутдинов, Ю. Г. Овчинников, А. Е. Григорьева) полагают целесообразным применения домашнего ареста за все преступления, кроме особо тяжких [7], в том числе в отношении военнослужащих, лиц начальствующего состава органов внутренних дел, налоговых, таможенных органов и органов юстиции [8]. О. И. Цоколова считает, что данная мера пресечения должна применяться за тяжкие умышленные преступления, максимальное наказание за которые – до десяти лет лишения свободы [9]. А. Е. Белоусов указывает на возможность применения домашнего ареста за все преступления, совершенные умышленно [10]. Некоторые процессуалисты предлагают избирать эту меру пресечения за преступления, предусматривающих наказание в виде лишения свободы на срок более одного года [11] либо свыше трех лет [12]. Д. В. Семенец видит целесообразным применение домашнего ареста за совершение преступлений, не предусма-

триваючих покарання в виді лишення свободи [13], а С. И. Глизнаца вважає це неоправданим [14].

Уголовно-процесуальне законодавство більшості держав-учасників СНГ встановлює єдині основи, умови, порядок і строки застосування домашнього арешту і заключення під стражу. Так, по законодавству Республіки Білорусь, Російської Федерації, Азербайджанської Республіки і Республіки Таджикистан ці заходи пресування можуть застосовуватися за скоєння особою злочинів, за які за кримінальним законом передбачено покарання в виді лишення свободи вище двох років, а по законодавству Киргизської Республіки – вище трьох років. УПК Республіки Казахстан уточнює, що застосування вказаних заходів пресування можливо в разі скоєння обвинувачуваним умислених злочинів, передбачених покарання в виді лишення свободи вище двох років, і неосторожних злочинів, за які можливо покарання в виді лишення свободи вище трьох років. Визначення в кримінально-процесуальному законі однакових умов застосування домашнього арешту і заключення під стражу вказує на тотожність цих заходів пресування. Разом з тим, враховуючи їх відмінності за ступенем і характером ізоляції підозрюваного (обвинуваченого) від суспільства і обмеження його прав і свобод, а також гнучкість форм ізоляції при домашньому арешті, вважаємо, що умови застосування цих заходів пресування не повинні бути однаковими.

Слід зазначити, що УПК Республіки Молдова і УПК України визначають власні умови застосування домашнього арешту, відмінні від умов застосування заключення під стражу (арешту). Згідно з ч. 2 ст. 188 УПК Республіки Молдова домашній арешт може застосовуватися за скоєння злочинів незначительних, середньої тяжкості, тяжких і скоєнних за неосторожності, а також за особливо тяжкими злочинами, скоєними особами в віці більш шестидесяти років, інвалідам першої групи, вагітним жінкам і жінкам, яким на вихованні дітей в віці до восьми років. По УПК України (ч. 2 ст. 181) таким умовою є скоєння злочинів, за які за кримінальним законом передбачено покарання в виді лишення свободи. Відзначаючи прогресивність даних законодавчих положень, вважаємо, що домашній арешт повинен застосовуватися при наявності власних умов.

На наш погляд, представляється надлишком в кримінально-процесуальному законі вказувати санкції статей кримінального закону і категорії злочинів, за якими може застосовуватися домашній арешт. Однак при прийнятті рішення про цю заход пресування слід враховувати характер скоєного злочину і коло осіб, в стосунку яких скоєно протиправне діяння. Виходячи з цього, вважаємо, що домашній арешт не може застосовуватися в стосунку осіб, підозрюваних або обвинувачених в скоєнні тяжких або особливо тяжких насильствених злочинів, скоєнних в стосунку спільно проживаючих членів його сім'ї, близьких родичів або інших осіб, яких він об'єктивно вважає близькими. Думаємо, що норма відповідного виховання може бути застосована кримінально-процесуальним законодавством не тільки Республіки Білорусь, але і інших держав – учасників СНГ.

#### **Список использованных источников:**

1. Выдря М. Избрание судом меры пресечения в виде заключения под стражу / М. Выдря // Советская юстиция. – 1979. – № 22. – С. 27.
2. Еникеев З. Д. Проблемы эффективности мер уголовно-процессуального пресечения / З. Д. Еникеев. – Издательство Казанского ун-та, 1982. – С. 66-69.
3. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова / Российская академия наук. Ин-т рус. яз. им. В. В. Виноградова. – 4-е изд., дополн. – М. : Азбуковник, 1999. – С. 839.
4. Светочев В. А. Домашний арест как мера пресечения в уголовном процессе Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / В. А. Светочев [Электронный ресурс]. – Калининград, 2009. – Режим доступа: <http://www.ebookf.com/до/домашний-арест-book.doc>. – Дата доступа: 30.12.2010.
5. Балтабаев К. Т. Домашний арест в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / К. Т. Балтабаев / Караганд. юрид. ин-т. МВД Респ. Казахстан. – Караганда, 2001. – С. 14.
6. Балтабаев К. Т. Указ. соч. – С. 24.

7. Багаутдинов Ф. Новая мера пресечения в УПК РФ – домашний арест / Ф. Багаутдинов // Законность. – 2002. – № 10. – С. 16; Овчинников, Ю. Г. Домашний арест как мера пресечения в уголовном процессе. Науч. -метод. пособие / Ю. Г. Овчинников. – М. : Издательство “Юрлитинформ”, 2006. – С. 58; Григорьева, А. Е. Вопросы теории и практики избрания следователями органов внутренних дел отдельных мер пресечения: залога и домашнего ареста: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / А. Е. Григорьева. – Красноярск, 2008. – С. 20.
8. Курс уголовного судопроизводства: Учеб. : В 3 т. / Под ред. В. А. Михайлова. – Т. 1: Общие положения уголовного судопроизводства. – М. : Издательство Московского психолого-социального института; Воронеж: Издательство НПО “МОДЭК”, 2006. – С. 684.
9. Цоколова О. И. Теория и практика задержания, ареста и содержания под стражей в уголовном процессе: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.09 / О. И. Цоколова. – Москва, 2007. – С. 16, 39.
10. Белоусов, А. Е. Вопросы теории и практики применения мер уголовно-процессуального пресечения по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.09 / А. Е. Белоусов / Удмурт. гос. ун-т. – Ижевск, 1995. – С. 11.
11. Петрухин И. Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе / И. Л. Петрухин. – М. : Наука, 1989. – С. 147-148.
12. Джумалиева Ж. М. Обеспечение реализации прав и законных интересов личности при применении мер пресечений в уголовном процессе Кыргызской Республики: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 / Ж. М. Джумалиева. – Бишкек, 2011. – С. 14.
13. Семенец Д. В. Необходимость законодательного определения способов ограничения прав и свобод подозреваемых (обвиняемых) в совершении преступлений, в отношении которых применена мера пресечения в виде домашнего ареста / Д. В. Семенец // Проблемы борьбы с преступностью и подготовки кадров для правоохранительных органов. Междунар. науч. -практ. конф. (Минск, 5 апреля 2012 г.). Тезисы докладов. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2012. – С. 38.
14. Глизнуца С. И. Применение мер пресечения в отношении несовершеннолетних: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / С. И. Глизнуца; Тюменский юрид. ин-т МВД России. – Тюмень, 2001. – С. 16.



**Н. П. Сиза,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **НОВЕ У ВИЗНАЧЕННІ ПІДСУДНОСТІ ЗГІДНО З КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2012 РОКУ**

Прийняття Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року (далі – КПК 2012) зумовило необхідність здійснення наукового аналізу та оцінки нової процесуальної форми усіх стадій та інститутів, а також надання доктринального тлумачення й роз’яснення окремих положень і понять.

Серед загальних вихідних положень кримінального процесуального законодавства особливе місце належить визначенню правил підсудності. Ці правила повинні забезпечувати реалізацію норм міжнародно-правових актів, що декларують право кожного при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред’явленого йому, на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону (пункт 1 статті 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року) та національного законодавства: ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи в суді, до підсудності якого вона віднесена процесуальним законом (ч. 1 ст. 8 Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI “Про судоустрій і статус суддів”).

Норми КПК 2012 дають підстави і обумовлюють необхідність нового визначення поняття та видів підсудності у кримінальному процесі України.

Тривалий час вчені традиційно розглядали підсудність у кримінальному процесі як сукупність юридичних ознак (властивостей) кримінальної справи, на основі яких кримінально-процесуальний закон визначає суд, що має право і зобов’язаний розглянути її і вирішити по суті пред’явленого обвинувачення (М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко, Г. П. Івлів, Л. М. Гуртієва та ін.).

Інші автори до поняття підсудності включали і таку ознаку як склад суддів, в якому має розглядатися і вирішуватися по суті справа (С. В. Оверчук, Г. М. Омеляненко).

У зв’язку з цим слід зауважити, що поняття “склад суду” має свій самостійний зміст і є окремим інститутом кримінального процесуального права. За підсудністю здійснюється розмежування компетенції різних судів щодо здійснення кримінального провадження. Визначення підсудності кримінального провадження передуює визначенню складу суду у конкретному кримінальному провадженні і ці поняття не повинні суміщатись. На підтвердження цієї позиції можна також звернути увагу, що законодавець розрізняє як окремі істотні порушення вимог кримінального процесуального закону: ухвалення судового рішення незаконним складом суду (п. 2 ч. 2 ст. 412 КПК 2012) та порушення правил підсудності (п. 6 ч. 2 ст. 412 КПК 2012).

Зазначене дає підставу стверджувати, що така ознака як склад суддів не охоплюється поняттям підсудності.

При формулюванні поняття підсудності на сучасному етапі необхідно враховувати новели в її регламентації, згідно з КПК 2012, і зокрема щодо її видів.

У КПК 2012 чітко передбачено два види підсудності – територіальну (ст. 32) та інстанційну (ст. 33). За територіальною підсудністю розмежується компетенція судів однієї ланки щодо здійснення кримінального провадження, за інстанційною підсудністю – між судами різних ланок.

Визначення цих видів підсудності узгоджується із закріпленими у частині 1 статті 17 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності побудови системи судів загальної юрисдикції.

У Рішенні Конституційного Суду України від 12 липня 2011 року № 9-рп/2011 положення частини 1 статті 17 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” визнано такими, що відповідають Конституції України (є конституційними). При цьому аргументовано, що принцип територіальності забезпечує територіальне розмежування компетенції судів загальної юрисдикції і зумовлений потребою доступності правосуддя на всій території України, а також наголошено, що під принципом інстанційності слід розуміти таку організацію судової системи, яка забезпечує право на перегляд рішення суду нижчої інстанції судом вищої.

Таким чином, у КПК 2012 з'явилася стаття, що передбачає новий для кримінального процесу України вид підсудності – інстанційну підсудність.

Інстанційна підсудність передбачає розмежування компетенції судів різних ланок щодо здійснення кримінального провадження. Правилами інстанційної підсудності визначена чітка відповідність – суди однієї ланки наділені компетенцією щодо здійснення кримінального провадження лише як одна судова інстанція.

Судами першої інстанції, які здійснюють кримінальне провадження, є лише місцеві суди: районні, міські, районні у містах та міськрайонні суди. Ці суди, здійснюючи розгляд по суті обвинувачення, уповноважені ухвалити вирок або постановити ухвалу про закриття кримінального провадження, про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру, які можуть бути оскаржені до суду апеляційної інстанції.

Судами апеляційної інстанції, які здійснюють кримінальне провадження, є апеляційні суди: Апеляційний суд Автономної Республіки Крим, апеляційні суди областей, міст Києва і Севастополя, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться суд першої інстанції, що ухвалив оскаржуване судові рішення. В апеляційному порядку переглядаються вирoki, ухвали про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру, інші ухвали у випадках, передбачених КПК, постановлені судами першої інстанції, а також ухвали слідчого судді.

Судом касаційної інстанції, який уповноважений здійснювати кримінальне провадження, є Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. У касаційному порядку переглядаються вирoki та ухвали про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також судові рішення суду апеляційної інстанції, постановлені щодо зазначених судових рішень суду першої інстанції. Окрім того, об'єктом перегляду судом касаційної інстанції є ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали суду апеляційної інстанції, якщо вони перешкоджають подальшому кримінальному провадженню, крім випадків, передбачених КПК.

Верховний Суд України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції (ч. 2 ст. 125 Конституції України). У кримінальному провадженні ним переглядаються судові рішення, що набрали законної сили, зокрема ухвали касаційної інстанції з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, та судові рішення будь-якої інстанції після встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Ще однією формою перегляду судових рішень є здійснення кримінального провадження за нововиявленими обставинами. У такому порядку можуть бути переглянуті судові рішення суду будь-якої інстанції, що набрали законної сили, за наявності нововиявленої обставини. Такий перегляд здійснюється судом тієї інстанції, який першим допустив помилку внаслідок незнання про існування таких обставин (ст. 463 КПК 2012).

Оскільки традиційно у науці кримінального процесу поняття підсудності пов'язували із розглядом справ по першій інстанції, запровадження нормами ст. 33 КПК 2012 інстанційної підсудності слід врахувати при формулюванні нового поняття підсудності у кримінальному процесі.

Територіальна підсудність визначається згідно зі ст. 32 КПК 2012, у частині 1 якої закріплене загальне правило: кримінальне провадження здійснює суд, у межах територіальної юрисдикції якого вчинено кримінальне правопорушення.

Мережа місцевих загальних та апеляційних судів встановлена Указом Президента України від 20 травня 2011 року № 591/2011, відповідно до якого можна визначити територіальну юрисдикцію цих судів.

Стаття 32 КПК 2012 також встановлює правила визначення територіальної підсудності для випадків здійснення кримінального провадження щодо кількох кримінальних правопорушень, які підпадають під територіальну юрисдикцію різних судів. Ознакою, за якою визначається територіальна підсудність у таких випадках, перш за все, є тяжкість кримінального правопорушення, якщо ж вони однакові за тяжкістю, – час вчинення правопорушення. Якщо це правопорушення різної тяжкості, то територіальна підсудність визначається місцем вчинення більш тяжкого правопорушення. Якщо кримінальні правопорушення однакові за тяжкістю, кримінальне провадження повинен здійснювати суд, у межах територіальної юрисдикції якого вчинено останнє за часом кримінальне правопорушення.

У КПК 2012 термін “кримінальне правопорушення” прямо не визначається, проте з аналізу норм кодексу можна зробити висновок, що це узагальнююче поняття, під яким розуміють злочини та кримінальні проступки.

У зв'язку з цим слід зазначити, що у Проекті Закону України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків” від 28.02.2012 року № 10126 кримінальні правопорушення поділяються на види, залежно від ступеню тяжкості, на злочини та кримінальні проступки (ст. 11-1).

Відомо, що класифікація злочинів, залежно від ступеня їх тяжкості, міститься у ст. 12 Кримінального кодексу України, якою встановлено поділ на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

Що ж до кримінальних проступків, то за згаданим Проектом їх поділ на види, залежно від ступеня тяжкості, не передбачається.

Також слід звернути увагу, що КПК 2012 встановлено заборону об'єднання в одне провадження матеріалів досудових розслідувань щодо кримінального проступку та щодо злочину (ч. 2 ст. 217).

Отже, правила визначення територіальної підсудності за тяжкістю кримінального правопорушення поширюються саме на кримінальні провадження щодо злочинів, ступінь тяжкості яких встановлюється згідно з ст. 12 КК України.

Норми КПК 2012 дають підстави для виокремлення ще одного виду підсудності – за вирішенням колегії суддів вищого суду (суду апеляційної інстанції чи Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ). Це стосується випадків, передбачених ч. 2 ст. 32 та ч. 1 ст. 34 КПК 2012.

Так, частина 2 статті 32 КПК 2012 містить спеціальне правило: кримінальне провадження щодо обвинувачення судді у вчиненні кримінального правопорушення не може здійснюватися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді. Якщо за правилами територіальної підсудності, визначеними ч. 1 ст. 32 кримінальне провадження стосовно судді має здійснюватися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді, кримінальне провадження здійснює суд, найбільш територіально наближений до суду, в якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді, іншої адміністративно-територіальної одиниці (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва чи Севастополя). Такі ж зміни передбачено і до частини 6 статті 48 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”.

Таким чином, згідно з КПК 2012, при визначенні підсудності кримінального провадження щодо судді необхідно керуватися нормами частини 2 статті 32 КПК 2012 та частини 3 статті 34 КПК 2012. Відповідно до цих положень закону, питання про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого в межах юрисдикції різних апеляційних судів, а також про направлення провадження з одного суду апеляційної інстанції до іншого вирішується колегією суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, на відміну від попередньої норми частини 6 статті 48 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, яка відносить визначення підсудності справи щодо обвинувачення судді у вчиненні злочину до компетенції Голови Верховного Суду України.

Підсудність місцевим та апеляційним судам за вирішенням колегією суддів суду апеляційної інстанції чи Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ передбачена також у випадках, зазначених у ч. 1 ст. 34 КПК 2012: 1) до початку судового розгляду виявилось, що кримінальне провадження надійшло до суду з порушенням правил територіальної підсудності; 2) після задоволення відводів (самовідводів) чи в інших випадках неможливо утворити новий склад суду для судового розгляду; 3) обвинувачений чи потерпілий працює або працював у суді, до підсудності якого належить здійснення кримінального провадження; 4) ліквідовано суд, який здійснював судові провадження.

Окрім того, до початку судового розгляду у виняткових випадках кримінальне провадження може бути передано на розгляд іншого суду за місцем проживання обвинуваченого, більшості потерпілих або свідків з метою забезпечення оперативності та ефективності кримінального провадження.

Таким чином, у КПК 2012 передбачені нові положення щодо регламентації підсудності: введено новий для кримінального процесу вид підсудності – інстанційну підсудність; встановлено правила визначення територіальної підсудності для випадків здійснення кримінального провадження щодо кількох кримінальних правопорушень, які підпадають під територіальну юрисдикцію різних судів; чітко визначено перелік випадків, коли кримінальне провадження передається на розгляд до іншого суду; передбачено колегіальне вирішення суддями суду апеляційної інстанції чи Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ питань про направлення кримінального провадження до іншого суду.

**Л. Я. Стрельбіцька,**

*старший викладач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету "Острозька академія"*

## **ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ЗАСУДЖЕНОГО У ПРОВАДЖЕННІ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ**

Кожне судове рішення, яким завершилося кримінальне провадження, має потенційну можливість за певних умов стати об'єктом перегляду у провадженні за нововиявленими обставинами. Така можливість може виникнути як щодо рішення суду першої інстанції, так і рішень вищестоящих судів, які набрали законної сили. Не існує також і часових параметрів ініціювання перегляду обвинувального вироку за нововиявленими обставинами (окрім прив'язки до моменту, з якого особа дізналася або могла дізнатися про ці обставини, яку становить строк у 3 місяці). Наведені умови визначають важливість вказаного виду провадження для учасників судового провадження, оскільки кожен з них, в тому числі і засуджений, за наявності відповідних умов можуть виступити в якості потенційних ініціаторів вказаного перегляду. Вочевидь, саме тому В. М. Блінов вважає відновлення справи за нововиявленими обставинами однією з додаткових гарантій правосуддя [1, с. 8]. Як зазначає В. М. Беднарська, основними завданнями цього інституту на сучасному етапі є захист прав і законних інтересів особи, і, перш за все, засуджених [2, с. 8]. Дослідники вказують: аналіз прокурорської та слідчої практики свідчить, що найбільш поширеними причинами до порушення провадження за нововиявленими обставинами є заяви та скарги засуджених, їх захисників та родичів [3, с. 11]. Отже, висловлені думки підкреслюють роль та значення цього виду провадження для засудженого, який прагне перегляду судового рішення щодо нього.

Поняття "нововиявлених обставин", яке є ключовим для вказаного виду провадження, є достатньо науково розробленим. Під ними розуміють, зокрема юридичні факти (обставини), які існували під час досудового провадження і судового розгляду справи, але не дістали відображення в матеріалах справи, через що вони залишились невідомими органам дізнання, слідчому, прокуророві, суду і (або) сторонам [4, с. 343]; встановлені розслідуванням або вироком суду, що набрав законної сили, і викладені у висновку прокурора юридичні факти, які перебувають в органічному зв'язку з елементами предмета доказування у справі і спростовують через їх попередню невідомість та істотність висновки, що містяться у вирокі, у постанові, ухвалі, як такі, що не відповідають об'єктивній дійсності [5, с. 579]; встановлені матеріалами розслідування чи вироком суду, що набрав законної сили нові юридичні факти, що не були відомі суду чи були ним проігноровані, які відтворюють істинні обставини вчинення злочину, що підлягають доказуванню і спростовують висновки, викладені раніше у рішенні суду у цій же справі, як такі, що не відповідають об'єктивній дійсності [6, с. 8] тощо. Винятковість випадків установлення таких обставин, вочевидь, і стала свого часу підґрунтям для віднесення законодавцем цього виду провадження до перегляду судових рішень в порядку виключного провадження.

Новим КПК України перелік обставин, які визнаються нововиявленими, суттєво розширено. Так, відповідно до ч. 2 ст. 459 КПК України, нововиявленими обставинами визнаються: 1) штучне створення або підроблення доказів, неправильність перекладу висновку і пояснень експерта, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, на яких ґрунтується вирок; 2) зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження; 3) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути; 4) визнання Конституційним Судом України неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом; 5) інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали, що належить переглянути. [7, ст. 459]. Отже, порівняно з КПК України 1961 року, перелік обставин розширено. До того ж, формулювання пункту 5 вказаного переліку свідчить про те, що він не є виключним.

Новим є й порядок здійснення провадження за нововиявленими обставинами. Так, КПК України не передбачає проведення розслідування нововиявлених обставин, як це було раніше. Таким чином, вся діяльність з перегляду є прерогативою виключно суду.



При дослідженні інституту перегляду за нововиявленими обставинами виникає надзвичайно важливе питання – як слід іменувати засудженого, провадження щодо якого переглядається за нововиявленими обставинами, і, відповідно, якого статусу він набуває у ньому? У науковому середовищі ця проблема не знайшла однозначного розв’язання. Прийнявши новий КПК України, законодавець змінив процесуальний порядок вказаного провадження, що відповідним чином впливає і на висновки стосовно вказаної проблеми. Так як провадження за нововиявленими обставинами нині здійснюється лише в суді, то статус особи, засудженої вироком у кримінальному провадженні, який переглядається, є наближеним або до статусу обвинуваченого (підсудного), або засудженого. Частина 3 ст. 43 КПК України визначає: засуджений має права обвинуваченого, передбачені статтею 42 Кодексу, в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження. Таким чином, вказана особа може користуватися усім масивом прав, наданих обвинуваченому, що, певним чином, і вирішує наукову дискусію з цього приводу. Отже, така особа має іменуватися все ж таки засудженим, оскільки вирок щодо неї на момент перегляду не скасовано і невідомо, чи буде скасовано взагалі, а тому жодних підстав вважати цю особу “не засудженою” та іменувати її по-іншому, немає. До того ж, наявність статусу засудженого, на нашу думку, не зможе зашкодити особі у цьому виді провадження.

У цьому виді провадження засуджений користується такими правами: на подання заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами; на відмову від заяви; на участь у розгляді судом заяви; на отримання копій судових документів, ухвалюваних за результатами перегляду.

1. Право подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами.

За КПК України 1961 року ініціатором перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами міг виступити лише прокурор (Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, прокурор міст Києва чи Севастополя, військовий прокурор (на правах прокурора області. Фактично такий порядок призводив до обмеження права учасників, у тому числі і засудженого, самостійно ініціювати перегляд за вказаною підставою, оскільки між цією особою та судом знаходилася ще одна ланка в особі уповноваженого прокурора, від рішення якого й залежала подальша можливість перегляду. За новими правилами кримінального судочинства, учасники судового провадження мають право подати заяву про перегляд за нововиявленими обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили (ст. 460 КПК України). Заява подається до суду відповідно до ст. 463 КПК України. Таким чином, у цих випадках законодавець пішов шляхом спрощення доступу учасників до суду, надавши їм право звертатися безпосередньо до органу судової влади.

2. Похідним від права подати заяву про перегляд за нововиявленими обставинами, і фактично, ініціювати цим такий перегляд, є право на відмову від неї. Під відмовою засудженого від заяви слід розуміти висловлене у письмовій формі прохання засудженого до суду, в якому здійснюється провадження за нововиявленими обставинами, не розглядати раніше подану ним заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами.

КПК України не визначає, якою повинна бути форма такої відмови – письмовою чи усною. Як видається, виходячи із загальних правил кримінального судочинства, вказану відмову доцільно оформляти у вигляді офіційного письмового документа (заяви, клопотання) на адресу відповідного суду.

Умовою реалізації цього права є вимога, передбачена ч. 1 ст. 465 КПК України: особа, яка подала заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, має право відмовитися від заяви до початку судового розгляду. Проте наслідком цієї дії є те, що після такої відмови особа не матиме права повторного звернення до суду з такою самою заявою з тих самих підстав [7, ст. 465]. Цим самим законодавець унеможливив зловживання будь-ким із учасників судового розгляду процесуальним правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами.

3. Наступним спеціальним правом засудженого у вказаному провадженні є право на участь у розгляді судом заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами.

Частина 2 ст. 466 КПК України визначає, що учасники судового провадження повідомляються про дату, час та місце розгляду заяви. Неприбуття у судові засідання осіб, які були належним чином повідомлені, не перешкоджає розгляду заяви і перегляду судового рішення [7, ст. 466]. Отже, за цією нормою закон не встановлює обов’язкової участі будь-кого з учасників, проте надає їм можливість скористатися цим правом на їх розсуд. Водночас щодо участі засудженого у розгляді виникає непроста ситуація, пов’язана з тим, що відповідно до ч. 1 ст. 466 КПК України, перегляд здійснюється згідно з правилами, передбаченими КПК України для кримінального провадження в суді тієї інстанції, яка



його здійснює. Таким чином, якщо провадження за нововиявленими обставинами здійснюється в суді першої інстанції, участь засудженого буде визнана обов'язковою, у судах вищих інстанцій – вирішення цього питання залежить від певних факторів. В силу наявності кримінально-виконавчого статусу особа, яка знаходиться в місцях позбавлення чи обмеження волі, не матиме змогу прибути до суду. Буде позбавлений такої можливості і засуджений, який вчасно чи взагалі не отримав повідомлення суду про час та місце розгляду. Тому, вважаємо, якщо заявник (яким може виступити засуджений) у заяві чи окремо надісланому клопотанні просить суд про його участь у перегляді судового рішення за нововиявленими обставинами, суд будь-якої інстанції повинен забезпечити йому таку можливість.

4. Наступним спеціальним правом засудженого у вказаному провадженні є право на отримання копій судових документів. Як впливає з ч. 4 ст. 464 КПК України, учасникам судового провадження надсилаються копії ухвали про відкриття провадження, заяви про перегляд та повідомлення про дату, час та місце судового засідання.

У розділі КПК України, який регулює порядок провадження за нововиявленими обставинами, не передбачено спеціальних обов'язків засудженого. Водночас, так як таке провадження здійснюється за правилами, передбаченими Кодексом для кримінального провадження в суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд, то засуджений, окрім загальних обов'язків, нестиме спеціальні обов'язки (у разі їх наявності), передбачені для тієї чи іншої стадії. Так, наприклад, під час провадження у суді першої інстанції участь обвинуваченого є обов'язковою. Відповідно, в разі провадження за нововиявленими обставинами у суді першої інстанції засуджений, який не знаходиться під вартою, нестиме обов'язок явки до суду.

Враховуючи загальнотеоретичний поділ статусів за ступенем визначеності на загальні, спеціальні та індивідуальні, процесуальний статус засудженого у провадженнях з перегляду судових рішень є різновидом спеціального статусу засуджених осіб. Його сутність можна визначити як закріплену кримінально-процесуальним законодавством сукупність прав засудженого, яка разом з іншими елементами надає йому можливість ініціювати перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, та доводити власну позицію суду відповідної інстанції, а також забезпечує його інтереси в разі такого перегляду з ініціативи інших учасників кримінального провадження.

#### Список використаних джерел:

1. Блинов В. М. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам / В. М. Блинов. – М. : Юридическая литература, 1968. – С. 8.
2. Беднарська В. М. Перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами в кримінальному судочинстві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид наук : спец. 12.00.09 “Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза” / В. М. Беднарська. – К., 2007. – С. 8.
3. Громов Н. А. Возбуждение производства по вновь открывшимся обстоятельствам: учебн. пособ. / Н. А. Громов. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1984. – С. 11.
4. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право: курс лекцій / Л. М. Лобойко. – К. : Істина, 2007. – С. 343.
5. Коваленко Є. Г. Кримінальний процес України: підруч. / Є. Г. Коваленко, В. Т. Маляренко. – 2 вид., перероб. і доповн. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 579.
6. Татаров О. Ю. Відновлення провадження та проведення розслідування у справі за нововиявленими обставинами : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид наук : спец. 12.00.09 “Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза” / О. Ю. Татаров. – К., 2007. – 20 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37 (25.05.2012). – Ст. 1370.

**В. П. Шибіко,**

*кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ: ПРОБЛЕМА ВРЕГУЛЮВАННЯ У НОВОМУ КПК УКРАЇНИ 2012 РОКУ**

Кримінальне провадження у своїй основі є діяльністю публічною (офіційною). Засада публічності (ст. 25 Кодексу) зобов'язує прокурора, слідчого у межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення або в разі надходження заяви про вчинення кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила.

Досить значним за обсягом винятком із цього загального правила, який визначається засадою диспозитивності (ст. 26 Кодексу), є кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, яке може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого, проти прав, свобод та законних інтересів якого вчинено кримінальне правопорушення, а відмова потерпілого, а у випадках, передбачених Кодексом, його представника від обвинувачення є безумовною підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення.

Позитивним моментом нового КПК 2012 року є те, що в ньому, на відміну від чинного КПК України 1960 року, кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення нарешті виділено в окрему главу 36. На жаль, у ній виявилось лише три статті, в яких зазначено, що: кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення є провадження, яке може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого і щодо яких саме кримінальних правопорушень (ст. 477 КПК); потерпілий має право подати до слідчого, прокурора, іншої службової особи органу, уповноваженого на початок досудового розслідування, заяву про вчинення кримінального правопорушення протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення певного кримінального правопорушення (ст. 478); відшкодування шкоди потерпілому у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення може відбуватися на підставі угоди про примирення або без неї (ст. 479). Відповіді на всі інші численні питання змісту цього провадження, зокрема і його закінчення залежно від волевиявлення потерпілого потрібно шукати в інших статтях загальної та особливої частин Кодексу, що, зрозуміло, створюватиме незручності в користуванні кримінальним процесуальним законом при здійсненні конкретного кримінального провадження як для суду, так і для сторін кримінального провадження.

У всьому цьому вбачається невиправдана недооцінка законодавцем цього виду кримінального провадження. Адже та обставина, що кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення здійснюється щодо значно меншого обсягу кримінальних правопорушень, ніж у формі державного обвинувачення, не дає жодних підстав для применшення його значення у кримінальному провадженні загалом. По-перше, на нього, як і на кримінальне провадження у формі державного обвинувачення, поширюються загальні завдання кримінального провадження (ст. 2 Кодексу). По-друге, перелік кримінальних правопорушень, щодо яких можливе кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, передбачає понад 50 складів кримінальних правопорушень, більшість яких належать до правопорушень середньої тяжкості, а деякі – до тяжких, наприклад згвалтування, передбачене ч. 2 ст. 152 КК України, за яке передбачене покарання до десяти років позбавлення волі. З дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду особа, визнана винною у вчиненні кримінального правопорушення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, визнається такою, що має судимість з усіма її негативними правовими наслідками для цієї особи (ст. 88 КК України), як і в кримінальному провадженні у формі державного обвинувачення.

Виходячи зі змісту ст. 477 Кодексу можна дійти висновку про те, що законодавець в інтересах можливого відновлення і збереження подружніх, сімейних та інших близьких родинних стосунків відповідно

у пунктах 2 і 3 цієї статті передбачив для потерпілого можливість вибору стосовно подання заяви про вчинення щодо нього кримінального правопорушення, якщо воно вчинене його дружиною(чоловіком), іншим близьким родичем чи членом сім'ї потерпілого з числа осіб, зазначених у п. 1 ч. 1 ст. 3 Кодексу. На розсуд потерпілого винесено і можливість подання заяви про вчинення щодо нього кримінального правопорушення, передбаченого пунктом 3, якщо воно вчинене особою, яка щодо потерпілого була найманим працівником і завдала шкоду виключно власності потерпілого.

Частина 4 ст. 26 і ст. 477 Кодексу передбачають єдиним законним приводом для початку кримінального провадження у формі приватного обвинувачення заяву потерпілого. Проте, якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, яка визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, або яка через хворобу, фізичні або психічні вади чи з інших поважних причин не може сама подати заяву, право подати таку заяву має бути надано його законному представнику. Для цього у зазначених вище статтях Кодексу після слів “заяви потерпілого” необхідно додати слова “або його законного представника”. Як законні представники потерпілого до участі у кримінальному провадженні можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності – опікуни, піклувальники потерпілого, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний (ч. 2 ст. 44 Кодексу).

Слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання потерпілим або його законним представником заяви про вчинення кримінального правопорушення, зазначеного у ст. 477 Кодексу, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і розпочати розслідування. У невідкладних випадках до внесення відповідних відомостей до Реєстру допускається проведення огляду місця події (ч. 3 ст. 214 Кодексу).

Якщо ж потерпілий з поважних причин ні сам, ні через свого законного представника не може подати заяву, то, як видається, в інтересах захисту цієї особи слідчий, прокурор, яким стало відомо про вчинення кримінального правопорушення щодо цього потерпілого, і без заяви про вчинення кримінального правопорушення за правилами ст. 214 Кодексу повинен внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і розпочати досудове розслідування. Кримінальне провадження у такому разі буде здійснюватися на загальних підставах – у формі державного обвинувачення.

Визначальним для кримінального провадження у формі приватного обвинувачення є положення ч. 4 ст. 22 Кодексу про те, що у випадках, передбачених цим Кодексом, повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення може здійснюватися прокурора або слідчим за погодженням з прокурором, а обвинувачення може підтримуватися потерпілим, його представником. На відміну від КПК України 1960 року, який у справах приватного обвинувачення передбачав скаргу потерпілого як процесуальний документ, в якому формулювалося обвинувачення(ст. 251, 297), КПК України 2012 року заяву потерпілого про кримінальне правопорушення передбачає лише як законний привід для початку досудового розслідування, а з процесуальних документів, які містять формулювання відповідно підозри і обвинувачення, передбачає лише загальні для кримінального провадження письмове повідомлення про підозру (ст. 277) та обвинувальний акт (ст. 291).

Як і в кримінальному провадженні з державною формою обвинувачення, у кримінальному провадженні з приватною формою обвинувачення потерпілий має процесуальні права та обов'язки, передбачені ст. 56, 57 Кодексу, і може користуватися допомогою представника (ст. 58 Кодексу) і законного представника (ст. 59 Кодексу). Проте важливою відмінністю участі потерпілого у кримінальному провадженні з приватною формою обвинувачення є те, що йому тут належить ще й право підтримувати обвинувачення або відмовитися від обвинувачення, що є безумовною підставою для закриття кримінального провадження (ч. 4 ст. 26 Кодексу).

Кодекс передбачає можливість зміни у кримінальному провадженні форми обвинувачення – з державної на приватну і навпаки. Так, якщо під час досудового розслідування у кримінальному провадженні у формі державного обвинувачення з'явилися підстави для складання письмового повідомлення про підозру або про зміну раніше повідомленої підозри з перекваліфікацією діяння підозрюваного на кримінальне правопорушення, за яким кримінальне провадження – згідно з ст. 477 Кодексу – може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого, то прокурор або слідчий за погодженням з прокурором зобов'язаний з'ясувати з цього приводу думку потерпілого і має право скласти відповідно письмове повідомлення про підозру або нове письмове повідомлення про змінену

підозру лише за наявності письмової згоди на це потерпілого. У разі відсутності такої згоди прокурор має винести постанову про закриття кримінального провадження за п. 7 ч. 1 ст. 284 Кодексу як у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення.

Якщо ж під час досудового розслідування у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення з'явилися підстави для складення письмового повідомлення про підозру або письмового повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри з перекваліфікацією діяння підозрюваного на кримінальне правопорушення, яке відсутнє в переліках, передбачених ст. 477 Кодексу і за яким кримінальне провадження може бути розпочате слідчим, прокурором на загальних підставах (див. ч. 1 ст. 214 Кодексу), а не лише на підставі заяви потерпілого, то слідчий чи прокурор при складенні письмового повідомлення про підозру або про зміну раніше повідомленої підозри не зв'язаний думкою потерпілого.

У разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді головуючий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді. Якщо потерпілий висловив згоду на підтримання обвинувачення в суді, головуючий надає йому час, необхідний для підготовки до судового розгляду. Потерпілий, який погодився підтримувати обвинувачення в суді, користується всіма правами сторони обвинувачення під час судового розгляду. У цьому випадку кримінальне провадження за відповідним обвинуваченням набуває статусу приватного і здійснюється за процедурою приватного обвинувачення (ст. 340 Кодексу).

У кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладено угоду про примирення (п. 1 ч. 1 ст. 468 Кодексу). Укладення такої угоди може ініціюватися як потерпілим, так і підозрюваним або обвинуваченим у будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку.

Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим, підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або ж за допомогою іншої особи (медіатора), погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді).

Слідчий, прокурор зобов'язані проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення (ч. 4 ст. 469 Кодексу).

На відміну від відмови потерпілого від обвинувачення, укладення угоди про примирення не є безумовною підставою для закриття кримінального провадження. Згідно з ст. 474 Кодексу, якщо угоди досягнуто під час досудового розслідування, обвинувальний акт з підписаною сторонами угодою невідкладно надсилається прокурором до суду для вирішення питання про її затвердження вироком суду. Якщо угоди досягнуто під час судового провадження, суд невідкладно зупиняє проведення процесуальних дій і переходить до розгляду угоди.

Перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового засідання повинен з'ясувати у потерпілого і обвинуваченого, чи цілком вони розуміють наслідки затвердження угоди, передбачені ст. 473 Кодексу, зокрема у вигляді обмеження, відповідно до статей 394 і 424 Кодексу, їхнього права на оскарження вироку, яким затверджено угоду про примирення. Якщо суд переконується, що угода може бути затверджена, він ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання (ст. 475 Кодексу).

Згідно з ст. 128 Кодексу потерпілий, як особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, має право під час кримінального провадження аж до початку судового розгляду пред'явити цивільний позов до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. Ця шкода може бути стягнута судовим рішенням за результатами розгляду цивільного позову в кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 127 Кодексу).

Слід зазначити, що законодавець у вирішенні питання про відшкодування шкоди, завданої потерпілому, на перше місце ставить не цивільний позов як вимогу про відшкодування шкоди, а добровільне відшкодування, яке, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 66 КК України, є обставиною, яка пом'якшує покарання. Відповідно до ч. 1 ст. 127 Кодексу підозрюваний, обвинувачений, а також за його згодою будь-яка інша фізична чи юридична особа має право на будь-якій стадії кримінального провадження відшко-

дувати шкоду, завдану потерпілому внаслідок кримінального правопорушення. Добровільність відшкодування передбачається й при укладенні угоди про примирення підозрюваного, обвинуваченого з потерпілим. Зміст угоди передбачає, зокрема, зазначення розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строк їх вчинення (ст. 471 Кодексу).

Таким чином, новий Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 року зробив важливий крок в напрямку удосконалення регулювання кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, передбачивши його в окремій главі. Водночас у багатьох інших главах він містить численні розрізнені положення, які визначають зміст даного провадження і мали б бути сконцентровані у своїй переважній більшості в одному місці, що відповідало б вимогам законодавчої техніки і сприяло б суду і учасникам кримінального провадження швидше і правильно орієнтуватися в положеннях закону, які визначають приводи, підстави та порядок початку провадження з приватною формою обвинувачення, порядок здійснення досудового розслідування і судового розгляду, права та обов'язки учасників провадження, порядок їх роз'яснення і забезпечення, наслідки відмови потерпілого від обвинувачення, зміну кваліфікації кримінального правопорушення як підставу для зміни форми обвинувачення тощо.



## ЗМІСТ

**Академік І. Малиновський –  
науковець, правник, державний та громадський діяч**

**Академик И. Малиновский –  
ученый, юрист, политический и общественный деятель**

**Academician I. Malynovskyi –  
scientist, lecturer, political and social activist**

*С. Ф. Фоминых, С. А. Некрылов*

НЕУГОДНЫЙ ВЛАСТЯМ ПРОФЕССОР: КАК УВОЛЬНЯЛИ И. А. МАЛИНОВСКОГО  
ИЗ ИМПЕРАТОРСКОГО ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА .....6

*И. А. Иванников*

НАУЧНАЯ И ОБЩЕСТВЕННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПРОФЕССОРА И. А. МАЛИНОВСКОГО  
В ПЕРИОД ЕГО ЖИЗНИ НА ЮГЕ РОССИИ .....30

*В. А. Попелюшко*

ВОПРОСЫ СУДОПРОИЗВОДСТВА В РАБОТЕ И. МАЛИНОВСКОГО  
“УЧЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ ПО ЛИТОВСКОМУ СТАТУТУ” ..... 34

*И. А. Сороковик*

МАЛИНОВСКИЙ И. А. И ЕГО НЕКОТОРЫЕ НАУЧНО-ПРАВОВЫЕ ВЗГЛЯДЫ  
О ВЕЛИКОМ КНЯЖЕСТВЕ ЛИТОВСКОМ .....38

**Теорія держави і права, історія політичних  
та правових вчень, конституційне право**

**Теория государства и права, история политических  
и правовых учений, конституционное право**

**Theory of law, history of political and legal doctrines, constitutional law**

*А. С. Бакун*

НЕПОСРЕДСТВЕННЫЕ И ОПОСРЕДОВАННЫЕ  
КОЛЛЕКТИВНЫЕ ПРАВОМОЧИЯ СВОБОДЫ ВЕРОИСПОВЕДАНИЯ .....42

*Ю. Ю. Вацик*

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ФУНКЦІЙ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ  
ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ .....44

*М. А. Ермолина*

МОТИВАЦИЯ МОБИЛЬНОСТИ И ПРАВОСОЗНАНИЯ  
МОЛОДЫХ СПЕЦИАЛИСТОВ В СТРАНАХ СКАНДИНАВИИ .....48

*К. С. Кандагура*

КОМУНІКАЦІЯ ВЛАДИ З ГРОМАДСЬКІСТЮ У МІЖНАРОДНИХ  
ТА ВІТЧИЗНЯНИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ДОКУМЕНТАХ ..... 52

*Ю. В. Кляин*

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ РЕБЕНКА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ .....55

*В. Б. Ковальчук*

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ .....57

*Д. А. Костюкова, А. С. Шнычак*

СТУДЕНЧЕСКИЕ ИНИЦИАТИВЫ КАК ФОРМА ПРАКТИКООРИЕНТИРОВАННОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ .....	61
--	----

*С. І. Крамар*

ПЕРШІ ПИСЕМНІ ДЖЕРЕЛА СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У МІСТІ КАМ'ЯНЕЦЬ НА ПОДІЛЛІ .....	63
--	----

*Р. С. Мартинюк*

ЧИ МОЖЛИВО КЛАСИФІКУВАТИ ФОРМУ ПРАВЛІННЯ В УКРАЇНІ ЯК ЗМІШАНУ РЕСПУБЛІКУ? .....	65
--	----

*А. І. Мельник*

УКРАЇНСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ІДЕЯ ЯК ДЕТЕРМІНАНТА ДЕРЖАВОТВОРЧИХ ІДЕАЛІВ Ю. РОМАНЧУКА .....	69
--	----

*Ю. М. Никитенко*

ПЕРСОНАЛЬНО-ЛИЧНОСТНЫЙ АСПЕКТ ХАРАКТЕРИСТИКИ СУБЪЕКТА ЛОКАЛЬНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ .....	72
---	----

*М. А. Пряжникова*

РОЛЬ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В ПРОЦЕССЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ И ВОЗМОЖНОСТИ РАСШИРЕНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ .....	75
--	----

*Е. В. Савчик*

ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА В СФЕРЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРАВОСЛАВНЫХ ПРИХОДОВ В БССР В ПОСЛЕВОЕННЫЙ ПЕРИОД: ОБЩИЕ ТЕНДЕНЦИИ И РЕГИОНАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ .....	77
--	----

*Р. В. Смалюк*

ДЖЕРЕЛА ВИБОРЧОГО ПРАВА: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД .....	81
---	----

*В. Н. Ставский*

РАЛЬФ ДАРЕНДОРФ О РОЛИ ГОСУДАРСТВА В ИЗМЕНЕНИИ СОЦИАЛЬНЫХ СТРУКТУР .....	85
---	----

*Н. Ю. Шелковая*

ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО В РОССИИ: РЕАЛЬНОСТЬ И ПЕРСПЕКТИВЫ .....	87
---	----

## **Адміністративне право та процес**

## **Административное право и процесс**

## **Administrative Law and Procedure**

*О. О. Біяк*

СТАНОВЛЕННЯ ПРОБЛЕМИ ТА СУЧАСНИЙ СТАН АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПРОТИДІЇ СІМЕЙНОМУ НАСИЛЬСТВУ В УКРАЇНІ .....	91
---	----

*Т. О. Коломоєць*

АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС: ПОШУК СУЧАСНОЇ МОДЕЛІ В УМОВАХ ОПТИМІЗАЦІЇ ФОРМ ВЗАЄМОДІЇ ЛЮДИНИ І ДЕРЖАВИ .....	94
--	----

*С. А. Парменов*

АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРАВОНАРУШЕНИЯ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ .....	96
--	----

*М. І. Смокович*

КОЛІЗІЇ МІЖ НОРМАМИ ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ .....	100
--	-----

## Фінансове та інформаційне право

### Финансовое и информационное право

#### Financial and Information Law

*О. А. Дзюрич, О. И. Панин*

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ АККРЕДИТИВНОЙ ФОРМЫ РАСЧЕТОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: ПРЕИМУЩЕСТВА И НЕДОСТАТКИ .....	104
--	-----

*І. І. Сенчак*

ПОДАТКОВА СИСТЕМА ПОЛЬЩІ .....	106
--------------------------------	-----

*А. П. Терехей*

ВЫЯВЛЕНИЕ ФАКТА ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ РЕКЛАМОРАСПРОСТРАНТЕЛЕМ НЕДОСТОВЕРНОЙ ИНФОРМАЦИИ КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ АННУЛИРОВАНИЯ РАЗРЕШЕНИЯ НА РАЗМЕЩЕНИЕ СРЕДСТВА НАРУЖНОЙ РЕКЛАМЫ .....	110
--	-----

## Цивільне право та процес

### Гражданское право и процесс

#### Civil Law and Procedure

*О. В. Бучик*

ПРОБЛЕМЫ ОТЧУЖДЕНИЯ КАПИТАЛЬНОГО СТРОЕНИЯ ПРИ ОТСУТСТВИИ ПРАВОУДОСТОВЕРЯЮЩИХ ДОКУМЕНТОВ НА ЗЕМЕЛЬНЫЙ УЧАСТОК .....	113
---	-----

*У. Б. Воробель*

НАЯВНІСТЬ ТОТОЖНОЇ ЦИВІЛЬНОЇ СПРАВИ ЯК ПІДСТАВА СКАСУВАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ІЗ ЗАЛИШЕННЯМ ЗАЯВИ БЕЗ РОЗГЛЯДУ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ .....	116
--	-----

*Е. В. Гаврилов*

О НЕОБХОДИМОСТИ ЗАКРЕПЛЕНИЯ НОРМ О ЗАЩИТЕ ДОБРОЙ ПАМЯТИ ОБ УМЕРШЕМ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И УКРАИНЫ .....	118
---	-----

*Г. О. Єльчик*

РЕЧОВІ ПРАВА НА ЧУЖЕ МАЙНО В УКРАЇНІ .....	122
--	-----

*Т. П. Карнаух*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ .....	124
---	-----

*Ю. В. Кляин*

ПРОБЛЕМЫ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ В СВЯЗИ С РАЗВИТИЕМ ПИРАТСТВА В СЕТИ ИНТЕРНЕТ .....	128
---	-----

*Е. А. Лебедева*

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА .....	130
---	-----

*Н. Е. Малащенко*

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ БАНКОВСКОГО КРЕДИТОВАНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ .....	132
---	-----

*Е. А. Масикова*

РЕГЛАМЕНТИРОВАНИЕ И СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РЕКВИЗИЦИИ И КОНФИСКАЦИИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ .....	135
---	-----

<b>Я. Б. Омельчук</b> <b>ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ</b> .....	138
<b>Т. Ю. Снесірьова</b> <b>АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ДІЄЗДАТНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРАВА НА ЗАПОВІТ</b> .....	140
<b>С. В. Хамянкова</b> <b>ПРАВО ПОТРЕБИТЕЛЯ НА ВОЗВРАТ ТОВАРА</b> <b>НАДЛЕЖАЩЕГО КАЧЕСТВА ЛИБО ЕГО ОБМЕН ПРОДАВЦУ</b> .....	142
<b>М. Б. Цип'яшук</b> <b>ПОДАННЯ УЧАСНИКАМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ДОКАЗІВ</b> <b>У СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ УКРАЇНИ, ФРАНЦІЇ ТА НІМЕЧЧИНИ:</b> <b>ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ</b> .....	145
<b>К. С. Чеберяк</b> <b>СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЭМАНСИПАЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ,</b> <b>РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И УКРАИНЕ</b> .....	147
<b>А. В. Чумаченко</b> <b>“НЕСТАНДАРТНІ” ТОВАРНІ ЗНАКИ ІЗ ЗАПАХОМ: ПРОБЛЕМА РЕЄСТРАЦІЇ</b> .....	150

## Сімейне право

## Семейное право

## Family Law

<b>Ю. С. Беленкова</b> <b>СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ СУПРУГОВ ПОСРЕДСТВОМ ЗАКЛЮЧЕНИЯ</b> <b>БРАЧНОГО ДОГОВОРА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ</b> .....	153
<b>М. Е. Лукьянова</b> <b>К ПРОБЛЕМАМ УСЫНОВЛЕНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ</b> <b>И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ</b> .....	156
<b>М. М. Плаксина</b> <b>АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ</b> <b>АЛИМЕНТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ</b> .....	159
<b>М. Л. Португал</b> <b>К ОТДЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ УСЫНОВЛЕНИЯ</b> <b>В РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ</b> .....	162
<b>Ю. В. Прохоревич</b> <b>РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВ ДЕТЕЙ В РЕПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ</b> .....	164
<b>А. А. Ранцева</b> <b>ПРОБЛЕМЫ ВОСПИТАНИЯ РЕБЕНКА</b> <b>В СЕМЬЕ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ</b> .....	167
<b>Ж. В. Третьякова</b> <b>ПЕРСПЕКТИВЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ</b> <b>О ЛИШЕНИИ РОДИТЕЛЬСКИХ ПРАВ</b> .....	170
<b>А. С. Цагельник</b> <b>АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА РЕБЕНКА</b> <b>НА ЖИЗНЬ В СЕМЬЕ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ</b> .....	173
<b>В. В. Шилко</b> <b>ВОЗМОЖНОСТЬ УЧАСТИЯ ОДИНОКИХ МУЖЧИН И ЖЕНЩИН</b> <b>В ПРОГРАММЕ СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА</b> .....	176

## Міжнародне приватне право, господарське право

## Международное частное право, хозяйственное право

## Private International Law, Commercial Law

*Alexander P. Alekseenko*

THE LEGISLATION OF THE PRC ON REGULATION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENTS ..... 179

*А. П. Алексеенко*

ИЗУЧЕНИЕ ПРАВА СТРАН АТР КАК ФАКТОР ИНТЕГРАЦИИ В РЕГИОНЕ ..... 183

*К. С. Белова*

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО ИНОСТРАННОЙ ОРГАНИЗАЦИИ  
КАК ФОРМА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ ..... 185

*В. А. Бородавко*

ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ПРОТОКОЛА РАЗНОГЛАСИЙ  
К ХОЗЯЙСТВЕННОМУ ДОГОВОРУ ..... 188

*Е. Н. Гацук*

ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ  
СУБЪЕКТОВ ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ ..... 190

*Т. С. Кандылёва*

ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РАЗВИТИЯ РЫНКА  
АЛКОГОЛЬНОЙ ПРОДУКЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ ..... 192

*А. Ю. Рыжжанков, Н. В. Пантелеева*

СООТНОШЕНИЕ КОММЕРЦИИ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА ..... 194

*А. О. Філін'єв*

ПРОБЛЕМЫ СТАНОВЛЕНИЯ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЄС  
НА ПРИКЛАДІ І БРЮСЕЛЬСЬКОГО РЕГЛАМЕНТУ ..... 196

## Трудове право та право соціального забезпечення

## Трудовое право и право социального обеспечения

## Labor Law and Social Protection Law

*В. М. Божко*

ОСНОВНА ФУНКЦІЯ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ – ВІДТВОРЮВАЛЬНА ..... 204

*М. В. Грищук*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ В УКРАЇНІ:  
РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ..... 206

*В. Б. Казакова*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ  
ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДЕТСКОГО ТРУДА ..... 209



**Кримінальне право та кримінологія,  
кримінально-виконавче право**

**Уголовное право и криминология,  
уголовно-исполнительное право**

**Criminal Law and Criminology, Penal Law**

*Є. Є. Зембра*

НЕБЕЗПЕКА ХАКЕРСТВА НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РОЗВИТКУ КОМП'ЮТЕРНИХ ТЕХНОЛОГІЙ .....	213
--	-----

*І. М. Морозова*

РОЗМЕЖУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ ОДЕРЖАННЯ ХАБАРА ТА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ .....	217
---	-----

*О. М. Орленко*

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ В МЕХАНІЗМІ БОРОТЬБИ З КІБЕРЗЛОЧИННІСТЮ .....	221
--	-----

*Д. В. Подлипский*

ОГРАНИЧЕНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СОУЧАСТНИКОВ В ПРЕСТУПЛЕНИИ СО СПЕЦИАЛЬНЫМ СУБЪЕКТОМ ПО ПРИЗНАКАМ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ .....	223
--	-----

*Є. В. Фесенко*

ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК НАЙВАЖЛИВІША ЦІННІСТЬ, ЩО ПОТРЕБУЄ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ .....	225
---	-----

*Е. Н. Ядченко*

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ОСОБЕННОСТЕЙ НАЗНАЧЕНИЯ БОЛЕЕ МЯГКОГО НАКАЗАНИЯ .....	227
---	-----

*Е. Н. Ядченко*

К ВОПРОСУ ОБ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРКОПРЕСТУПЛЕНИЯ .....	230
---	-----

**Судоустрій, прокуратура, адвокатура**

**Судоустройство, прокуратура, адвокатура**

**The judicial system, prosecutors, lawyers**

*О. Л. Калина*

АДВОКАТСКОЕ РАССЛЕДОВАНИЕ КАК ОДНА ИЗ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ФОРМ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ .....	233
---	-----

*С. В. Оверчук*

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСЯЖНИХ В УМОВАХ НАБРАННЯ ЧИННОСТІ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ .....	235
---	-----

*А. В. Рагулин*

ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ ПРАВА АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ АФРИКАНСКИХ ГОСУДАРСТВ .....	239
---	-----

**Кримінальний процес та криміналістика, судова експертиза****Уголовный процесс и криминалистика, судебная экспертиза****Criminal Procedure and Criminalistics, Judicial Expertise****В. Д. Басай**

ПІДСТАВИ І ПОРЯДОК ПОНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТРОКУ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ .....	243
---	-----

**Н. Л. Боржецька**

СКЛАДАННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО ВИСНОВКУ ЯК ФОРМА ЗАКІНЧЕННЯ ПОПЕРЕДНЬОГО СЛІДСТВА В КІНЦІ 20-Х – У 30-І РР. ХХ СТ. В УСРР .....	245
--	-----

**В. І. Бояров,**

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ НОВОГО КПК ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ .....	249
--	-----

**О. П. Герасимчук**

ПРОЦЕСУАЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ПРИМИРЕННЯМ ВИННОГО З ПОТЕРПІЛИМ .....	251
---	-----

**С. Й. Гонгало**

ЕЛЕКТРОННІ ПЛАСТИКОВІ КАРТКИ ЯК ОБ'ЄКТ СУДОВОЇ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ДОКУМЕНТІВ .....	253
--	-----

**С. М. Зеленський**

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА .....	255
---	-----

**О. В. Іващенко**

ПІДСТАВИ І ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ВИКЛИКУ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ДЛЯ УЧАСТІ У СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЯХ .....	258
--	-----

**О. Г. Кобзева**

СОКРАЩЕННЫЕ ПРОИЗВОДСТВА И ИХ ПРАВОВОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ .....	263
---	-----

**Я. И. Кот**

ПРИЗНАКИ СТРЕССА В РАБОТЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ .....	267
---	-----

**Т. М. Кузик**

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УЧАСТІ ПЕРЕКЛАДАЧА ПІД ЧАС НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ ЩОДО ВИДАЧІ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ .....	271
--	-----

**В. В. Курдюков**

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ПСИХОЛОГІЧНИХ ЗНАНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ .....	276
--	-----

**М. А. Лавнов**

СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ В МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ И СВОБОД ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРЕКРАЩЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА .....	279
---	-----

**К. В. Легких, В. В. Легких**

ПОЗОВНЕ НАЧАЛО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ .....	283
--	-----

**Б. Є. Лук'янчиков, Є. Д. Лук'янчиков**

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ .....	286
---	-----

**А. О. Ляш**

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС СЛІДЧОГО ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ДЕЯКІ ЗАУВАЖЕННЯ .....	289
---	-----

**А. А. Павлишин**

ЗМЕНШЕННЯ РОЗМІРУ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВИТРАТ АБО ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ЇХ ОПЛАТИ, ВІДСТРОЧЕННЯ ТА РОЗСТРОЧЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВИТРАТ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ .....	291
---	-----

**В. А. Попелюшко**

СТАДИЯ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В НОВОМ УПК УКРАИНЫ .....	293
--	-----

**Т. А. Савчук**

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ УСЛОВИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ДОМАШНЕГО АРЕСТА В КАЧЕСТВЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ: ТЕОРИЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО .....	295
---	-----

**Н. П. Сиза**

НОВЕ У ВИЗНАЧЕННІ ПІДСУДНОСТІ ЗГІДНО З КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2012 РОКУ .....	298
---	-----

**Л. Я. Стрельбицька**

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ЗАСУДЖЕНОГО У ПРОВАДЖЕННІ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ .....	301
---	-----

**В. П. Шибіко**

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ: ПРОБЛЕМА ВРЕГУЛЮВАННЯ У НОВОМУ КПК УКРАЇНИ 2012 РОКУ .....	304
---	-----

*МАТЕРІАЛИ*  
*I Міжнародної науково-практичної конференції*

## **МАЛИНОВСЬКІ ЧИТАННЯ**

16-17 листопада 2012 року

**Головний редактор** *Ігор Пасічник*  
**Відповідальний за випуск** *Олег Герасимчук*  
**Технічний редактор** *Роман Свинарчук*  
**Комп'ютерна верстка** *Наталії Крушинської*  
**Художнє оформлення обкладинки** *Катерини Олексійчук*

Формат 42х30/4.  
Папір офсетний. Друк різнографія.  
Ум. друк. арк. 19,65. Гарнітура “TimesNewRomanC”  
Тираж 150 прим.

Видавництво Національного університету “Острозька академія”  
Україна, 35800, Рівненська обл., м. Острог, вул. Семінарська, 2.  
Свідоцтво про державну реєстрацію  
РВ № 1 від 8 серпня 2000 року.